UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

ESSAI SUR LE ROLE ACTUEL

DE

LA MAXIME

Error communis facit Jus

PAR

Alfred LONIEWSKI

AVOCAT

AIX

IMPRIMERIE J. NICOT, RUE DU LOUVRE, 16

1905

Thèse
Aix-Marseille
1905.

ESSAI SUR LE ROLE ACTUEL

DE LA MAXIME

ERROR COMMUNIS FACIT JUS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549809_0018

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

ESSAI SUR LE ROLE ACTUEL

DE

LA MAXIME

Error communis facit Jus

PAR

Alfred LONIEWSKI

AVOCAT

AIX

IMPRIMERIE J. NICOT, RUE DU LOUVRE, 16

1905

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Personnel :

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain.
JOURDAN, professeur de Droit Civil.
BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial.
LACOSTE, professeur de Droit Civil.
VERMOND, professeur de Droit Romain.
MOREAU, professeur de Droit Administratif.
AUDINET, professeur de Droit International public.
CEZAR-BRU, professeur de Droit Civil.
BABLED, professeur d'Economie politique.
BONNECARERE, agrégé, chargé du cours de Droit Criminel.
CAILLEMER, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit Français.
DELPECH, agrégé, chargé du cours du Droit Constitutionnel.
SCHLATZ, agrégé, chargé des cours d'Economie Politique et d'Histoire des doctrines économiques.
MORIN, chargé des cours de Procédure Civile et des voies d'exécution.
JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

I

Nous possédons en France un Parlement et plusieurs Codes qui, officiellement du moins, doivent produire ou contenir toutes les règles de notre Droit. Les *maximes* juridiques peuvent-elles en un tel pays jouir, hors de toute consécration légale, d'une autorité qui leur soit propre ?

Autrefois cette autorité s'entendait. On l'a même historiquement montré (1), elle a jadis été très considérable.

La Loi, qu'un usage contraire pouvait d'ailleurs abroger, n'était alors qu'une exception. La doctrine, la jurisprudence et surtout la coutume créaient le Droit plus souvent qu'elle. Et comme, en réalité, la doctrine ce n'est ni un seul auteur ni un seul écrit, mais les opinions de tout un groupe de jurisconsultes contenues dans de très nombreux ouvrages ; que la jurisprudence n'est pas, non plus, la sentence d'un juge unique, mais l'ensemble des décisions rendues par tous les tribunaux d'un pays, que la coutume (2)

(1) E. Bonifacy, de la règle « Contra non valentem agere non currit præscriptio » et de ses applications en matière civile. Thèse. Aix 1901. Introduction.

(2) La conception de la coutume à laquelle nous faisons allusion ici n'est que provisoirement adoptée. Nous aurons plus tard l'occa-

enfin ne dérive pas de l'acte ou du sentiment juridique d'un seul homme mais des faits successifs et des croyances communes d'une collectivité toute entière, on conçoit quelle utilité pouvait, à cette époque, présenter la *maxime*.

Formule claire et précise, exprimant la règle avec concision (« Rem quæ est breviter enarrat », disait Paul (1),) elle était comme la cristallisation en une vérité générale de la somme des vérités partielles recueillies par l'expérience des individus, comme un point lumineux produit par la convergence des rayons sortis de chaque cerveau et cette clarté naissant de ce cristal, formait un phare très brillant qui guidait l'interprète, était son point de repère au milieu de la variété complexe et de la multiplicité confuse des éléments générateurs du Droit. Sans son aide il s'y serait perdu.

Il serait en effet faux de croire que le droit positif ait pu à quelque époque manquer totalement de précision. Toujours l'activité nécessaire des hommes a exigé que les règles auxquelles elle devait se soumettre présentassent un minimum de fixité et de détermination. Si durant une époque les rapports sociaux ont existé sans que des lois les règlementassent et dans une apparente confusion des principes qui les gouvernaient, c'est simplement que la nécessité dérivant de la nature des choses avait su tirer du

sion de discuter, à propos des diverses théories émises soit par M. Gény, soit par M. Lambert, soit par M. Cézar-Bru (voir la bibliographie plus loin), quelle est la caractéristique de la Coutume.

(1) L. L. D. *De div. reg.* L. XVII.

chaos, des maximes très nettes et que ces maximes valaient de véritables lois. C'est pour cela que tout notre ancien droit fut semé de brocards. Pour être pratique la coutume se dégageait des éléments multiples qui l'engendraient et dont le détail aurait noyé l'esprit d'un seul homme. Elle se synthétisait en une règle concise et limpide, et l'étymologie même d'un mot dont on les désignait souvent, est une preuve de l'utilité qu'eurent pour la vie juridique ces brocards ; l'adage « Ad agendum » avait pour premier but l'action.

Aujourd'hui la source principale du Droit c'est la loi. Nos lois modernes, par leur souci croissant de la règlementation du détail, ont certainement perdu quelque peu de la netteté primitive de la législation (1). Il est quelquefois difficile d'en dégager la portée exacte, tant leurs dispositions sont diverses et sans lien apparent. La législation néanmoins reste encore une expression du Droit suffisamment précise pour satisfaire aux exigences sociales. Il est incontestable qu'elle garde assez de clarté (2) pour que la *maxime*, quoique d'une forme plus nerveuse et moins analytique, ait, au point de vue formel même, perdu la plus grande part de son utilité : à notre épo-

(1) Planiol, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, I, p. 40, 2e édit.

(2) Les premiers monuments législatifs ne différaient guère des maximes que par leur source. M. Bonifacy (*op. cit.*) a mis en lumière par plusieurs illustrations cette similitude primitive entre l'adage et la loi. Entre les deux il n'y avait de différence qu'en ce que tandis que la loi exprimait une volonté déterminée, celle du législateur, la maxime n'avait d'ordinaire qu'une origine anonyme.

que, l'interprète peut percevoir le Droit sans le secours des brocards.

Le développement législatif moderne a donc diminué l'utilité des maximes. On doit même se demander si la codification survenue sous le premier Empire, ne leur a pas ôté pour notre temps toute efficacité juridique.

Il est en effet de conception courante que tout le domaine possible des actions humaines est réglementé par nos Codes. La méthode classique d'interprétation de notre droit positif admet pour premier postulat que la loi écrite doit prévoir tout, doit suffire à tout (1) et nous sommes censés vivre sous l'empire exclusif et absolu de la loi : toute autre source est condamnée.

Nous n'avons pas à faire ici la critique de ces idées dont on a trop magistralement déjà fait ressortir l'exagération (2). Il nous suffit de retenir ce résultat, acquis à notre sens, qu'elles sont fausses pour être si absolues. Si de nos jours les adages juridiques ne valent plus *ratione imperii*, on peut pour le moins, avec le spirituel procureur Dupin, dire qu'ils valent *imperio rationis*, car en fait bien des brocards ont survécu.

Certains d'entre eux que la loi consacre, ont subsisté par traditionnelle habitude ; sans doute aussi parce que l'on préfère leur formule plus brève et plus nette (3).

(1) F. Gény. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1900, n° 12.

(2) V. Gény, *op. cit*,

(3) Citons l'adage « Actor sequitur forum rei » pour exprimer

D'autres existent encore, mais dont on ne trouve dans nos Codes qu'une reconnaissance implicite et souvent très douteuse. Ils sont en tout cas de portée plus large que les textes spéciaux dont on les prétend dérivés, en sorte qu'ils sont vraiment indépendants de la loi et supérieurs à elle (1).

D'autres enfin subsistent aussi qu'aucune loi, même indirectement, ne semble avoir consacrés. La maxime *Error communis facit jus* est un exemple de ces adages.

Si à ces remarques l'on ajoute cette autre observation: que notre codification trop vieille perd chaque jour de son harmonie nécessaire avec les besoins de notre société ; qu'insensiblement on s'éloigne d'elle ; que des théories entières s'échafaudent et se développent qui lui sont complètement étrangères (2), il semble devant ces faits, que l'on doit non seulement re-

l'art. 59 C. Procéd. civ. et dans le Code civil les règles « Pater is est quem nuptiæ demonstrant » pour l'art. 312 al. I, « Res judicata pro veritate habetur » pour l'art. 1351, « Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia » pour l'art. 1398, « Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest » pour l'art 1165, « Mala fides superveniens non impedit usucapionem » pour l'article 2268, enfin la maxime que le Code reproduit dans ses termes même, « En fait de meubles la possession vaut titre » (art. 2279) etc.

(1) C'est ainsi que l'on veut voir dans les art. 1599 et 2125 du C. civ. la consécration de cette maxime certainement plus compréhensive et de tout autre portée « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet », dans les art. 2251 et s. du C. civ., celle de cet autre brocard « Contra non valentem agere non currit præscriptio ».

(2) Exemple remarquable dans l'évolution subie par l'interpré-

connaître une autorité à la maxime, mais prévoir même en sa faveur une réaction contre la loi. Comme l'écrit M. Lévy (1), il est donc « indispensable, alors que l'évolution sociale va peut-être obliger les juristes à jouer un rôle important dans la vie, comme ils en ont déjà joué un au sortir du moyen âge, que nous soyons sûrs des maximes que nous présentons comme des axiomes, que nous les ayons soumises à une critique sévère ». Rousseau disait déjà que les mauvaises maximes sont pires que les mauvaises actions.

L'adage *Error communis facit jus* étant d'application courante dans notre droit, il est donc intéressant de rechercher quelle valeur il faut lui reconnaître.

II

Cette recherche présente d'autant plus d'intérêt que d'une part la maxime semble se heurter à certaines conceptions très solidement établies, que d'autre part pourtant, soit dans la doctrine, soit aussi auprès de la jurisprudence, elle jouit d'une assez grande autorité.

Le paradoxe y est manifeste. Selon l'opinion encore courante, l'essence du droit est d'être immuable et absolu. Laurent, de réputation si orthodoxe, le définit: « l'Expression de la vérité éternelle » (2). Dire

tation de l'art. 1382 du C. civ. avec les théories récentes sur la responsabilité.

(1) Em. Lévy. *Preuve par titre du droit de propriété*. Thèse. Préface page 4. Les maximes guideraient la *libre recherche scientifique* souhaitée par M. Gény.

(2) Laurent. *Principes de Droit civil*, tome XIII, n° 281 et s.

que l'erreur commune fait le droit, n'est-ce donc pas vouloir prétendre que l'erreur fait la vérité ; plus brutalement même, que le vrai a pour équivalent le faux ?

On aboutit à une absurdité si choquante que l'attention de l'esprit s'en trouve forcément déjà mise en éveil. A cause du seul instant logique, on supporterait difficilement de laisser répéter sans analyse préalable : *Error communis facit jus*. Mais on le supporte encore d'autant moins, que cette question se trouve intimément liée à la pratique.

Parmi les auteurs, bon nombre font allusion à l'*erreur commune*. Ils n'y recourent guère à vrai dire qu'en dépit de toute ressource et alors que tout autre argument semble leur faire défaut. Mais dans ces cas difficiles ils ne la considèrent pas moins comme d'un grand aide pour eux. Pour l'archaïsme même de sa formule qui semble la faire remonter à une origine très lointaine, parce que durant une très longue période elle paraît avoir été acceptée et indiscutée par tous, ces auteurs, à cause du respect peut-être que l'esprit a toujours pour les choses traditionnelles et anciennes, la présentent comme un axiome, comme si la vérité de cet adage était de toute évidence.

Plus près dela réalité encore, auprès des tribunaux, une considérable importance est attribuée au brocard latin. Soit à propos des actes accomplis par des officiers publics dont on ignorait l'incompétence, comme par exemple dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge, soit au sujet des effets à reconnaître à la *capacité putative* des témoins testamentaires, soit encore dans cette importante et classique question

de la validité que doivent avoir les actes du propriétaire apparent, les juges en tiennent un grand compte dans les motifs de leurs décisions (1).

L'importance et le nombre des espèces où l'on fait jouer un rôle à l'erreur commune sont tels, que non seulement ils nous assuraient de trouver pour nos recherches, avec tant d'illustrations d'actualité si vivante, une portée pratique présentant assez d'intérêt, mais ils nous faisaient espérer même pour elles, un terrain d'investigations d'une suffisante étendue.

A ce dernier point de vue il semblait d'ailleurs, à la réflexion, que notre champ d'étude pouvait se développer largement encore.

L'erreur commune, croyance erronée sans doute mais croyance tout de même, croyance du peuple, de la masse, ne serait-elle pas un des aspects de cette coutume, tant étudiée en Allemagne et en faveur de qui un mouvement de réaction semble en France aussi se dessiner ? (2) Etudiant son rôle et ses effets, nous étions incidemment et par le seul fait de la logique, conduit à rechercher la nature d'un des facteurs les plus importants du droit, partant, à analyser le fondement de ce droit lui-même.

Nous avons trop subi peut-être ce fascinant

(1) Voir plus loin à propos de l'attitude prise par notre jurisprudence vis à vis de l'adage l'exposé des principales espèces où il joue un rôle.

(2) V. Gény, *op. cit.* n° 109. Ch. Cézar-Bru, *Revue Générale de Droit*, juillet, août 1904 : *La Coutume et le Droit comparé*. E. Lambert, *La Fonction du Droit civil comparé*, Paris 1903. R. Saleilles. *Introduction à l'Etude du Droit civil allemand*. Paris 1904, p. 66.

programme. Nous en avons pourtant senti tout le danger.

Ce problème de la source du droit, n'est-il pas pour les juristes, décevant autant que pour les vieux alchimistes la pierre philosophale, ou pour les mathématiciens la quadrature du cercle ? N'est-il pas une sorte de cruelle énigme que tous voudraient percer mais qui reste impénétrable pour tous, une de ces limites que la raison humaine « bornée dans sa nature » ne pourra jamais franchir ?

A vouloir remuer les idées profondes de la philosophie on ne fait souvent qu'échanger des convictions contre des doutes, de l'assurance et de la fermeté contre un scepticisme plein d'hésitations. Si même on n'a pas assez de cet esprit de finesse dont parlait Pascal, on court le risque dangereux de se noyer misérablement, de se perdre dans les subtilités de la matière.

Aussi, bien que depuis Montaigne la modestie paraisse interdire de parler d'*essai*, avons-nous craint d'être plus fat encore en n'en parlant pas.

Si d'ailleurs nous n'avons pas su éviter quelques incursions dans le domaine des idées abstraites, nous avons pourtant veillé à ne jamais perdre de vue le caractère pratique que nous désirions donner à notre thèse.

Notre avis est qu'il n'y a de droit vrai que le droit positif et nous avons voulu traiter un sujet de *droit positif français*.

Nous devons en effet prémunir encore contre une illusion d'un autre ordre que pourrait engendrer le titre même de notre travail. La forme latine du bro-

card pourrait laisser croire que nous traitons du Droit romain. Parfois les mots ont de ces effets inexplicables et inattendus. Ils n'expriment pas la pensée, ils la créent. Or nous n'avons en réalité maintenu la maxime dans sa forme latine que par respect pour un usage ancien et établi. Ce n'est jamais en français que l'on parle de l'erreur commune.

Nous craignons trop que l'on nous reproche d'être révolutionnaire dans nos idées pour oser l'être aussi inutilement dans les mots.

CHAPITRE PREMIER

Existence de la Maxime

Le principe d'évolution, dont s'inspirent aujourd'hui les sciences sociales, a réhabilité les études historiques en leur découvrant une nouvelle utilité.

L'histoire n'a plus seulement pour but de satisfaire la curiosité de quelques érudits. Depuis que l'on admet qu'en sociologie tout est évolutif, qu'il n'y a pas de vérités absolues ni dans l'espace ni dans le temps mais que tout au contraire est relatif à une région, à une époque, elle est devenue science essentiellement pratique. Le présent dérivant du passé, l'histoire seule permet donc de connaître et ce qui est et, par conséquence aussi, ce qui sera. En matière de droit surtout, où toute une importante école s'est levée avec la bannière de l'historisme, ce rôle considérable attribué à l'histoire n'est plus à justifier. Elle n'est plus seulement utile, elle est devenue nécessaire.

Il faut donc avant de l'apprécier, suivre l'adage *Error communis facit jus* dans les diverses étapes qu'il a parcourues ; son historique seul permettra de déterminer dans quelles conditions le problème de sa légitimité se présente à nous, comment nous pouvons et devons le juger.

Section I

DROIT ROMAIN

Tout le monde connaît l'aventure de cet esclave romain, Barbarius Philippus, qui, cachant sa condition servile, brigua la préture et fut, dans l'ignorance où l'on était de son véritable état, élevé à cette dignité. Le préteur devait être un *homo liber*. Le jour où la mystification de Barbarius fut mise à jour, les jurisconsultes de l'époque eurent à décider quel devait être le sort des actes accomplis durant sa judicature. Après Pomponius, Ulpien se posa la question et dans un texte fameux du *Digeste* sa réponse est venue jusqu'à nous: il admet la validité des actes du faux préteur.

C'est à l'occasion de cette loi Barbarius (1) que tous les romanistes ont coutume de citer la maxime *Error communis facit jus* et à cette loi qu'on en attribue en général la paternité (2).

S'il est vrai que le problème posé pouvait parfaitement se résoudre par l'application de cette maxime,

(1) Loi 3 *Dig. De offic. præt.*, L. 1 t. XIV.

(2) Grotius *De jure belli ac pacis*. L. 1, cap. 4, § 15. Cujas, *Observationes*, L. 28, cap. 33. Duranton, tome 13, n° 77. Dalloz J.-G., v° Obligation, n° 3002. Solon, *Théorie sur les Nullités des Conventions et des Actes de tout genre*. Paris 1833, n° 370. Valabrègue, *Revue critique 1890*, de la maxime « Error communis facit jus ». Accarias, *Précis de Droit romain*, 4e édit., Paris 86, I, page 100, note 1.

il ne paraît pas cependant qu'Ulpien l'ait jamais invoquée en faveur de sa thèse. Il justifie sa décision par des considérations de pure équité « *Hoc enim humanius est* » ou encore par cette autre idée que le peuple romain avait le pouvoir de conférer à Barbarius la dignité de préteur, puisque s'il l'avait su esclave il aurait pu l'affranchir « *Cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem : sed et si scisset servum esse, liberum effecisset.* » Mais de quelque façon que l'on veuille entendre le texte, il semble bien difficile d'y découvrir la plus embryonnaire trace d'*error communis*. Rien ne permet de supposer qu'Ulpien l'ait prévue ou y ait seulement songé.

Quels qu'aient été nos efforts pour retrouver dans les lois romaines un premier vestige de l'erreur commune, nous devons d'ailleurs dès maintenant déclarer que toutes nos recherches sont restées sans fruit et qu'il nous paraît impossible de faire remonter aux anciens prudents l'origine même de son idée.

Ainsi divers auteurs (1) prétendaient dégager le principe, de la Loi 2 Code *De sent. et int.* L. 7, t. 45 : « Un arbitre, donné par des magistrats, passait pour libre quand il a rendu sa sentence, puis il est retombé en esclavage. Sa décision, nous dit le texte, aura cependant l'autorité de la chose jugée. » Evidemment, là encore la solution peut se justifier à l'aide de la maxime. Mais il faut pourtant remarquer que pas plus ici que dans la loi Barbarius, les juris-

(1) MERLIN, *Répertoire de Jurisprudence*, 5e édit. Bruxelles 1820 vo Erreur. VALABRÈGUE, *op. cit.*, page 33.

consultes romains n'ont en fait usé ou pour le moins paru user de ce mode de justification. Ils ne parlent pas de l'erreur commune.

Un texte cependant paraît plus explicite. Littéralement on y trouve même ces mots « *Error jus facit* » et un auteur du XVIII[e] siècle, Cochin (1), a soutenu qu'il y avait là cet acte de naissance que nous déclarons introuvable. Laurent (2) n'a pas eu de peine à prouver que ce n'était qu'une fausse apparence. Dans cette loi (3 Dig. *De supellectile legata*. L. XXXIII, t. 10) où se trouvent bien réellement écrits les termes cités, il ne s'agit nullement de notre maxime. Paul suppose deux legs faits par le même testateur et portant l'un sur le mobilier (*supellex*), l'autre sur l'argenterie. Il s'agit de déterminer les biens qui sont compris dans chacun. « Le mobilier, dit-il, comprend entre autres choses les candélabres ; toutefois si un candélabre est en argent, on devra, bien que d'après le sens grammatical il dépende du mobilier, le compter, par respect pour l'habitude des gens ignorants, dans le legs d'argenterie. Et c'est alors qu'il ajoute : *Error jus facit*. Cette erreur, il est inutile d'insister davantage pour le faire comprendre, n'a rien de commun avec l'erreur commune qui doit nous intéresser. Il y a simplement application de ce principe : que la volonté du testateur doit s'interpréter beaucoup plus par sa pensée probable que par les mots mêmes dont il a fait usage pour exprimer cette pensée.

Il ne paraît pas qu'on puisse davantage trouver

(1) Cochin, III, page 708, Paris 1753, *sic* Mornac.
(2) Laurent, *op. cit.*, page 878.

dans d'autres textes qui ont été cités (1) une preuve formelle que les Romains connaissaient vraiment l'erreur commune. Les mêmes observations que ci-dessus, peuvent être faites. Sans doute dans la plupart des hypothèses auxquelles ces textes se réfèrent il serait possible de trouver une application de l'adage *Error communis*... Cela paraît même d'autant plus légitime que, chose très remarquable et qu'il faut retenir, les solutions adoptées par les jurisconsultes romains sont celles-là mêmes que commanderait d'adopter la maxime. En fait pourtant cette maxime ne paraît pas appliquée, son principe pas dégagé. Comme nous l'avons vu pour Ulpien, on recourt même à d'autres moyens de justification et c'est bien ce qui prouve que la maxime n'est pas connue. C'est ainsi qu'en vertu de sa loi, les navires flottaient déjà avant qu'Archimède fût né, qu'avant que Képler l'eût énoncée les corps obéissaient aussi à la loi d'inertie. Mais avant Képler et avant Archimède connaissait-on ces deux principes ?

C'est donc à tort que l'on a attribué à l'adage latin une origine romaine.

Cette conclusion n'a pas pour notre époque l'importance qu'elle aurait eue pour les premiers commentateurs du Code (2). Les lois romaines valant pour eux comme raison écrite il eût été d'un intérêt capi-

(1) L. 1 *C. De test.* L. VI, t. 23. — § 7 *Institutes, De test. ordin.* L. II t. 10. — L. 1, Code *Ad sen. Maced.* L. IV, t. 28. — L. 19 D. *De sen. Maced.* L. XIV, t. 6. — L. 3 D. *De sen. Maced.* L. XIV, t. 6.

(2) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, V° Erreur.

tal de constater que cette raison approuvait la maxime. Mais aujourd'hui le droit romain a cessé de jouer ce grand rôle (1); il est totalement passé dans l'histoire. Son silence sur notre question n'est inutile à vérifier que parce qu'on ne sera pas tenté d'aller chercher en lui des éclaircissements ou des lumières qu'il n'apporterait pas.

Section II

ANCIEN DROIT

Si ce n'est pas aux Romains mêmes qu'on le doit, il semble bien d'ailleurs que c'est à propos de leurs écrits que le brocard a pris naissance.

Le premier monument où il en soit vraiment fait mention est, croyons-nous, la grande glose d'Accurse parue au XIII^e^ siècle (1182-1260) et qui comprend incorporées et classées les gloses les plus importantes des divers docteurs.

C'est en commentant la célèbre loi Barbarius, et peut être est-ce là ce qui a fait attribuer à Ulpien lui-même la paternité de la maxime, qu'Accurse parle de l'erreur commune. Il examine lui aussi quelle pourra être la validité des actes de judicature accomplis par Barbarius Philippus, spécialement des affranchissements (2). Ces affranchissements, dit-il, seront

(1) Voir pourtant l'exposé de la doctrine de M. Pétrazycky, professeur à Moscou, fait dans *Lambert, op. cit.*, p. 844 et s. Le Droit romain serait le *Livre de la Sagesse*.

(2) Il fait allusion sans doute aux affranchissements *vindictæ* qui s'opéraient devant le magistrat par une sorte d'*in jure cessio*.

valables « Libertas data ab eo qui postea servus pronunciatur valet et notatur hic quod *circa factum error communis facit jus* ».

Seconde citation chez Bartole à propos toujours de la même loi « Aut utrum, — écrit-il, — error communis habilitet et dico habilitet. Nam *error populi pro veritate habetur : ut hic et jus facit* ».

L'idée fait dès lors fortune et les jurisconsultes qui l'expriment, les arrêts qui en font application, sont si nombreux que l'on peut dire que la maxime devient d'un usage courant en jurisprudence aussi bien qu'en doctrine, durant notre ancien droit.

Sauf changement dans les qualités des personnages, les espèces de cette époque où la maxime *Error communis*... est prise en considération sont à peu de chose près le thème reproduit du cas de Barbarius.

C'est en 1593 (1) un arrêt du Parlement de Paris validant un acte reçu par un commis de tabellionnage qui n'avait pas prêté serment contrairement à ce que le public croyait ; le 15 mai 1608 (2) c'est un arrêt du Parlement de Toulouse qui confirme la procédure faite par un ecclésiastique qui avait fait fonction d'official sans être prêtre comme il était requis et que l'on croyait communément compétent ; en 1751 c'est enfin un arrêt du Parlement de Flandre qui, sur une action intentée devant lui par un sieur de Villeneuve, en nullité d'une procédure de décret poursuivie à son encontre, nullité fondée sur ce que l'huissier qui

(1) V. Louet, lettre T, t. 2.

(2) Rapporté par Merlin. *Répertoire de Jurisprudence*, 5e édit. Bruxelles, 1826. Vo Erreur VI.

avait instrumenté n'avait plus qualité pour cela, déboute le demandeur et valide la procédure faite parce que publiquement l'huissier exerçait encore ses fonctions et que l'*erreur commune* devait donc valider ses actes (1). Un autre Parlement valide un codicille passé devant un notaire hors du territoire dans lequel celui-ci avait le droit d'instrumenter (2), un autre couvre l'incompétence d'un notaire, à raison de sa longue possession d'état (3). On pourrait à volonté multiplier ces exemples, mais il serait certainement oiseux de le faire puisque toutes ces hypothèses ne sont à peu de chose près que la répétition les unes des autres, toutes contenant un officier public incapable ou incompétent dont une erreur commune a dissimulé l'incompétence ou l'incapacité.

Toutefois un arrêt rendu par le Parlement de Paris en 1598 est intéressant à ajouter à cette liste parce qu'il diffère sensiblement, dans la question qu'il résoud, des espèces que l'on vient de voir. Des saisies réelles avaient été faites dans lesquelles on n'avait pas respecté certaines formalités exigées par l'ordonnance de Blois. Les magistrats en admirent cependant la validité parce qu'on avait procédé en conformité d'un usage communément répandu (4). Dans ce cas on ne s'est plus borné à admettre l'efficacité de l'erreur commune en présence d'une erreur portant sur

(1) Rapporté par Merlin, *op. cit.* V° Ignorance, § 2, n° 9.

(2) Brodeau s/Louët. Arrêt de Paris du 30 juin 1608.

(3) Cochin, t. III, *Consultat.* § 2. Arrêt du Parlement de Flandre du 21 mai 1768.

(4) Mornac, à propos de la L. 3 D. *De sup. legata.*

le *fait*, on l'a admise quoique portant sur le *droit* et nous verrons plus tard qu'il y a précisément en cela une extension donnée au rôle de la maxime, que plusieurs auteurs n'ont pas voulu accepter.

Mais hormis ce cas exceptionnel, qui se distingue véritablement de ceux prévus par les textes romains, on ne voit durant cette époque que des décisions imitées exactement de celles d'Ulpien.

Le motif pourtant en était nouveau. La doctrine en effet avait, comme la jurisprudence des Parlements, admis presque unanimement l'adage *Error communis*... (1) mais il s'était produit ce fait très remarquable que, se faisant illusion à elle-même, elle en était arrivée à attribuer aux jurisconsultes romains la paternité de cette maxime dont les glossateurs seuls avaient trouvé la formule.

Tous les textes latins où nous avons vu qu'il serait possible de trouver à l'erreur commune un cas d'application, sont cités comme si ces textes mêmes avaient contenu et exprimé le brocard. Les jurisconsultes semblent vouloir confondre l'occasion avec la cause et alors que ni Accurse, ni Bartole, ne paraissent attribuer à Ulpien la règle que l'erreur com-

(1) Mornac, sur la L. 3, D. *De sup. leg.* — Louet, lettre T, t. 2. — Duplessis, *Commentaire de la Coutume de Paris*, art. 298. — Henrys, I, livre 2, chap. 4, quest. 28. — Legrand, *Coutume de Troyes*, art. 97, glose 4, n° 32. — Mancium, *De Testamento valido vel invalido*, t. 4, quest. 1. — Cujas, *Observationes*, L. 18, cap. 33. — Ferrière, art. 289, *Coutume de Paris*. — Furgole, Paris 1877, T. 1, chap. 3, sect. 1, n° 7, *Traité des Testaments*. — Cochin, Paris 1753, III, p. 708.

mune fait le droit, les écrivains postérieurs accréditent au contraire partout cette fausse croyance que c'est au temps du Droit classique que la maxime a vu le jour. « On n'avait pas besoin des lois, nous dit Cochin (1), pour appuyer un principe si juste et si favorable ; cependant elles sont toutes réunies pour le proclamer », et il cite la L. 3 D. *De sup. leg.*, la L. 3 D. *Ad sen. macedonianum.*

Ceci explique bien que la jurisprudence de notre ancien droit se soit bornée à reproduire les décisions contenues dans le *Digeste* sans autre justification que cette reconnaissance par le droit romain ; mais cette déformation de la vérité historique a eu un autre résultat plus considérable et inattendu.

Section III

DROIT ACTUEL

Les conséquences de cet anachronisme ne sont pas seulement importantes en ce qu'il est cause que la maxime, étant réputée romaine, jouit de nos jours de toute l'autorité que par l'influence de la tradition nous reconnaissons encore aux lois du Digeste ou aux autres compilations justiniennes. Comme l'a fait remarquer M. Labbé (2), alors même que ce ne soit pas un jurisconsulte romain qui ait écrit cette formule et qu'elle n'ait donc pas 1600 ans d'existence,

(1) Cochin, *op.* et *loc. cit.*

(2) *Journal du Palais 1884*, I. p. 5 note de M. Labbé.

elle n'en serait pas moins fort respectable pour cela.

Mais cette fausse attribution de paternité est encore intéressante parce que c'est à cause d'elle peut être que dans notre codification aucune place n'a été réservée à l'erreur commune.

La maxime dans l'ancien droit avait été affirmée et citée mais jamais discutée. Les textes romains, dont on avait fini par croire qu'elle découlait, ne contenaient, et pour cause d'ailleurs, aucune controverse à son sujet. Si l'on se rappelle qu'au moment de la rédaction de nos codes le droit romain passait encore pour la raison écrite, vraie source du droit supplétive des lois (1), il n'est pas étonnant que le silence ait été gardé sur l'*Error communis*. Les rédacteurs pensèrent sans doute, s'il est vrai toutefois qu'ils pensèrent vraiment sur ce sujet quelque chose (2), que l'adage latin étant un axiome même du droit, il n'avait pas besoin d'être consacré, car il est inutile qu'un texte écrit vienne affirmer ce que l'on tient déjà pour évident. Une pensée semblable fut le fondement des critiques dirigées par le tribun Andrieux contre le projet du titre préliminaire du projet du Code civil et qui le firent rejeter (3).

(1) On peut remarquer la part importante réservée à ce droit dans l'argumentation des premiers commentateurs (cf. Merlin, *Quest. de Droit*, V° Héritier § III, 4e édit. Bruxelles, 1826).

(2) Voir Sirey, 36-II-289. Note de M. Carette « Evidemment cette question n'a pas été prévue par le législateur ».

(3) A. Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. III, p. 347 et s. — Ch. Beudant, *Cours de Droit civil français*. Introduction, p. 70.

A. — *Lois.*

En fait, si l'on respecte une distinction dont nous aurons plus tard l'occasion de démontrer le bien fondé et qu'il faut faire entre l'erreur commune et la bonne foi, on peut dire qu'aucun article de nos codes ne fait directement ou vraisemblablement du moins allusion à la maxime *Error communis...*

Ce silence de nos législateurs a été interprété comme s'il était un acquiescement même. Pour prouver que nos lois consacraient l'ancien brocard, en doctrine comme en jurisprudence on a tiré argument de ce que précisément nos codes n'en disaient rien. On présume, qu'en le passant sous silence, leurs rédacteurs ont témoigné de leur désir d'en conserver le maintien (1). Cette interprétation se fortifie de ce qu'elle paraît avoir reçu la sanction d'un texte légal.

Nous possédons en effet, en dehors des codes, un avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 qui s'occupe de l'erreur commune. Le Conseil d'Etat, ayant alors en vertu de la Constitution de l'an VIII le pouvoir d'interpréter les lois, rendait des avis qui avaient force légale.

Celui dont il est question, fut rendu pour trancher la difficulté suivante. Les extraits des registres de l'état-civil jouissent de l'authenticité comme les originaux contenus dans les registres mêmes. Il faut

(1) V. Labbé, *Journal du Palais 84*, I.5, note. Dalloz, Répertoire alphabétique, V° Loi, n° 12.

toutefois pour cela qu'ils soient délivrés par l'officier de l'état-civil lui-même. Avant 1807 les secrétaires de mairie, se croyant les successeurs des secrétaires des anciennes municipalités, se mirent à délivrer des extraits, auxquels en pratique on accorda tous les privilèges de l'authenticité. Ils étaient pourtant irréguliers, car en vertu de la Loi du 28 pluviôse an VIII, les secrétaires de mairie ne constituent qu'une catégories d'employés dépourvus de tout caractère officiel et sont donc incompétents pour conférer l'authenticité aux extraits qu'ils délivrent.

Le Conseil d'Etat eut à décider quelle valeur il fallait reconnaître aux extraits ainsi réputés authentiques en vertu d'une erreur commune. « Considérant, disposa-t-il... 4° que de tout temps et dans toutes les législations, l'*erreur commune* et la bonne foi ont suffi pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher... les actes susdits doivent jouir de l'authenticité...»

Incontestablement il y a dans cet avis, à cause des motifs qu'il donne à sa décision, consécration formelle de l'adage *Error communis facit jus*. A l'égard de ceux au moins qui pensent que hors la loi il n'est pas de discussion juridique possible, on trouve donc en lui un fondement sérieux à cet adage.

Nous-même, nous ne voulons pas pourtant lui donner plus qu'une importance très relative.

Il ne nous semble pas d'abord qu'il soit légitime de lui reconnaître une portée générale quelconque. Cet avis n'a été rendu qu'à l'occasion d'une espèce bien particulière. Il prévoit, se souvenant peut-être des

anciens textes romains cités ci-dessus, des irrégularités commises dans « des actes (L. Barbarius) ou dans des jugements (cas de l'arbitre L. 2 C. L. 7, t. 45) ». Il nous paraît complètement arbitraire de vouloir généraliser et étendre au delà de ces limites vraisemblables la pensée des conseillers d'Etat. Si leur décision empêche que tout conflit puisse naître dans la catégorie d'hypothèses qu'ils ont envisagées, on ne peut dire sincèrement qu'ils aient songé à tous les effets possibles de l'erreur commune et prétendre par conséquent tirer de la solution donnée dans un cas particulier celle de toutes les dificultés que peut présenter la pratique. M. Huc a donc eu raison de se plaindre quand dans la question tout étrangère des actes de l'héritier apparent on a voulu tirer argument de l'avis de 1807 pour soutenir la validité de ces actes (1).

A un point de vue moins particulier, il nous semble d'ailleurs que l'autorité donnée à cet avis en notre matière (2), est très contestable.

Il est certain que dans la majorité des cas au moins les droits à notre époque dérivent de la loi. Mais rechercher si l'erreur commune peut faire le droit c'est pratiquement se demander si elle peut être supérieure et plus puissante que la loi. Par respect même pour la logique on ne peut par conséquent, puisqu'on se pose le problème de l'efficacité de l'erreur commune en conflit avec la loi, faire dépendre cette efficacité de cette loi elle-même. Si l'on

(1) Huc, *Droit civil*, t. V., n° 270.

(2) Valabrègue, *op. cit.*, pages 75 et 76.

admet que c'est d'elle que la maxime doit tirer sa force, la discussion est dès lors impossible et inutile car on ne peut répondre à la question par la question elle-même. On aboutirait à créer un cercle vicieux dont on ne pourrait jamais tirer aucune conclusion certaine et absolue.

Puisque nous recherchons quel est le rôle actuel de la maxime il ne faut donc pas, sous peine d'enlever toute valeur à notre étude, nous demander seulement si cette maxime est sanctionnée par nos lois. Il faut savoir si en fait, si dans la réalité des choses qui se font, cette maxime ne jouit pas d'une autorité vraie. Une loi dirait-elle formellement et dans les termes les plus absolus, les plus impératifs, que l'erreur commune doit rester sans effet, l'on n'en devrait pas moins se demander si cette loi est ou doit être pratiquement obéie, si en l'édictant le législateur n'a pas fait plus qu'il ne pouvait faire (1).

Ces réserves faites sur l'autorité qu'il convient, en notre matière, de reconnaître à la loi, il faut après avoir admis sa relativité et sa contingence se garder cependant d'un excès contraire qui consisterait à n'en tenir plus aucun compte.

Si la loi n'est pas le droit même, elle est certainement pourtant sa source la plus importante. En s'en tenant même aux seuls faits, il est intéressant au pre-

(1) On peut observer que ceux-là mêmes qui, comme Laurent, combattent l'adage, ne recourent pour contester sa valeur juridique à aucun texte de loi mais font simplement appel à de prétendus principes (cf. Laurent. *Principes de Droit civil*, t. XIII, n° 281 et s.).

mier chef de constater l'état de la législation, car cette législation est précisément un fait très décisif dans la pratique juridique de notre époque. Nous ne devions donc pas méconnaître l'avis légal de 1807, ni passer sous silence celui de notre codification.

Tous deux étaient utiles à constater.

Il est nécessaire aussi de passer en revue les autres sources du droit.

B. — *Sources extra légales.*

La *Tradition,* comme on l'a vu, ne peut apporter une grande lumière sur le sujet qui nous occupe.

Le Droit romain n'avait pas traité la question que ses jurisconsultes n'avaient pas même soupçonnée. Quant aux docteurs de l'ancien Droit, ils parlent de la maxime *Error communis*... mais ils le font très brièvement, n'accompagnant leur citation d'aucun commentaire ni d'aucune dissertation qui puisse nous éclairer sur leurs idées, qui puisse nous transmettre et nous communiquer ces idées mêmes.

Reste il est vrai la *Doctrine moderne*. Mais, peut-être à cause de cela, elle est, elle aussi, d'une grande indigence. Nous nous serions abstenu d'en parler si nous n'avions craint de manquer de reconnaissance vis-à-vis d'un magistrat dont les travaux pleins d'érudition nous ont été d'un grand profit.

M. Valabrègue, conseiller à la Cour d'Aix, a, dans une étude dont nous avons eu déjà l'occasion de citer le titre en note, traité directement de la maxime *Error communis facit jus*. Avec un soin scrupuleux, il y a rassemblé tous les cas d'application qu'il a pu décou-

vrir pour le vieux brocard. La grande habitude des recueils de jurisprudence l'a servi et, tant à cause des espèces mises en relief, que des arrêts qui se trouvent rapportés, l'on peut dire que ce travail est aussi intéressant qu'utile, fertile en documents. Un seul reproche nous paraît possible et peut-être est-ce encore le regret, ayant tant tiré de cette mine précieuse, de n'avoir pu tout y découvrir, qui nous donne l'idée de cette imperfection : il nous semble qu'il manque de fondement. L'auteur constate. Il dit qu'en fait, dans tels et tels cas les tribunaux appuient leurs décisions sur la vieille maxime. Par analogie, il étend même les solutions données à des hypothèses que la pratique n'a pas encore vues ; il fait même ressortir les arguments d'équité ou de tradition qui ont inspiré aux juges leurs sentences. Mais il ne justifie pas la thèse qu'il expose. Si l'on veut conserver à l'étude un but utile et vraiment pratique il ne suffit pas de se demander si en fait la maxime est ou n'est pas appliquée. Il faut encore et surtout se demander si c'est avec raison qu'on l'applique, si la règle qu'elle contient mérite de conserver l'autorité dont elle jouit. Il faut avant tout, car c'est là la principale objection, la seule pourrait-on dire, que les adversaires de l'adage aient pu faire valoir, vider cette question : l'erreur commune doit-elle l'emporter sur la loi ? Toute la difficulté du problème réside au fond en cela.

D'après l'article 35 de la Loi du 25 Ventôse an XI, un notaire doit, pour conférer l'authenticité aux actes passés devant lui, jouir de la qualité de français. Cette condition est essentielle, imposée par un texte

formel que l'on ne peut discuter. M. Valabrègue admet pourtant que les actes passés devant un notaire étranger, garderont toute leur valeur juridique si ce n'est que par suite d'une erreur commune que le notaire a été réputé français et compétent. Mais répondra M. Laurent, on laisse donc violer la loi. La loi existe, indéniable ; si l'on admet que l'erreur commune peut justifier une infraction à son texte, il faut auparavant établir sa supériorité sur le législateur. Il y a en effet une question préjudicielle et il faut regretter selon nous qu'elle n'ait pas été traitée. Par cet oubli tout l'arsenal des anciens arrêts et des vieux textes, toutes les considérations d'équité ou utilitaires, ayant coûté à leur auteur de si patients efforts et qui font tant d'honneur à son esprit juridique, demeurent un peu comme un long échafaudage dont la base manquerait de solidité. S'ils contiennent des matériaux ils menacent de ne laisser que des ruines (1).

Hormis cette étude et un chapitre consacré à l'erreur commune dans l'ouvrage écrit par Solon en 1835 (2), dont la substance même se retrouve d'ailleurs dans l'article de M. Valabrègue, la doctrine française ne contient plus rien se rapportant à notre sujet.

En Belgique, M. Laurent lui a, à propos de la

(1) M. Valabrègue a eu le tort de ne pas vouloir s'aventurer hors de ce que la coutume ou la tradition avait prévu. Il faut au contraire élargir l'étude et ne pas craindre selon le procédé de M. Gény de pousser librement ses investigations sur des terrains encore vierges.

(2) Solon, *op. cit.* I. n° 370.

capacité putative des témoins testamentaires, consacré une page. Il attaque, cette page durant, la vieille maxime. Le droit c'est selon lui la loi, ce n'est donc pas l'erreur commune. Il n'y a là, il est vrai, qu'un argument unique : mais nous avons dit déjà combien il nous paraissait indispensable qu'il fût examiné.

A part ces courtes œuvres ou plus exactement ces allusions, rien de plus sur l'adage « *Error communis.* .»

Ce dédain s'expliquerait si dans la pratique il n'y avait eu aucun intérêt à éclaircir son rôle et à déterminer sa portée. On ne devrait pas s'étonner que le législateur ou les jurisconsultes, n'aient pas, obéissant à un pur dilettantisme scientifique, élucidé une règle dont la portée n'aurait été que spéculative.

La pratique pourtant est intéressée au problème de l'erreur commune. La *jurisprudence* la connaît bien et les tribunaux font souvent appel à la maxime des glossateurs.

C'est d'abord le cas classique quoique modernisé de Barbarius Philippus. Il ne s'agit plus aujourd'hui d'un préteur esclave ou d'un tabellion ni d'un sergent ; mais c'est un maire, un magistrat, un notaire, un officier public quelconque auquel manque une des conditions essentielles de capacité et qui malgré cela a instrumenté ou exercé ses fonctions. Ces espèces sont fréquentes. Il s'agit d'un jugement rendu par un juge qui n'avait pas l'âge requis par les lois (1), d'un acte passé devant un notaire étranger que l'on croyait

(1) Solon, *op. cit.* n° 377.

français (1) ou qui instrumentait hors du ressort pour lequel on le croyait compétent (2),ou après sa destitution (3), d'un acte passé aussi devant une personne que par suite d'une erreur de nom on avait prise pour le titulaire compétent (4). L'espèce discutée met quelquefois en jeu des intérêts très considérables. Ainsi dans la célèbre affaire des mariages de Montrouge (5), trop connue pour qu'il soit nécessaire d'en rappeler les circonstances, un grand nombre de personnes mariées se trouvaient intéressées, menacées au cas où leur situation ne se serait pas trouvée régularisée de se voir tout à coup placées involontairement dans un dangereux état de concubinage.

Il arrive très souvent aussi qu'il y a ce qu'on est convenu d'appeler *capacité putative* de témoins (6). Une personne qui assiste à la confection d'un testament authentique ou mystique, qui assiste à une donation, est, sans qu'on ait pu le prévoir, parente au degré prohibé du donataire ou du légataire. La nullité de la donation ou du testament pourrait s'ensuivre si l'on n'admettait qu'en considération de l'erreur commune la capacité putative « équipolle » à la réelle.

Même fréquence, même intérêt des cas, où il y a

(1) Laurent, XIX n° 107. — Aubry et Rau VIII, page 200, note 5.

(2) Valabrègue, *op. cit.*, page 47.

(3) Duranton, XIV, n° 76.

(4) Duranton, X, n° 107, Paul Dupré instrumentant au lieu de Jean Dupré.

(5) *Journal du Palais*, 84, I. 5. — *Gazette des Tribunaux, 23 mars 83.* — *France Judiciaire 83 I, 239.*

(6) Merlin, V° *Témoin testamentaire* § 2, n° 3.

eu erreur commune sur la capacité d'un mineur, d'une femme mariée, d'un failli, d'un interdit.

Dans cette série d'espèces pour ainsi dire quotidiennes, l'application la plus intéressante qui ait été faite de notre maxime est sans contredit ce cas, sur lequel est née selon l'expression en usage tout une littérature juridique, des actes d'aliénation faits par un propriétaire apparent (1). Ces actes sont-ils opposables au véritable propriétaire en vertu de l'erreur commune ?

Qu'on nous permette, pour mieux faire saisir combien les situations dans lesquelles l'erreur commune est appelée à jouer un rôle sont parfois pleines d'intérêt, d'ouvrir pour un instant un recueil de jurisprudence sur une affaire qui a eu sa célébrité et qui est encore très récente.

Le 10 février 1885, meurt dans son château un riche propriétaire angevin M. Adolphe de la Boussinière. Il ne laissait aucun héritier réservataire, mais, par un testament public en date du 9 juin 1880, il instituait comme légataire universel le comte de Breon et faisait des legs particuliers à diverses personnes notamment à MM. de Legge père et fils. Le légataire universel prend possession de la succession et exécute les legs. Le 12 août 1886, le Président du tribunal de Segré, reçoit d'un expéditeur inconnu une enveloppe contenant deux testaments olographes portant la signature d'Adolphe de la Boussinière, et datés des 13 et 14 janvier 1885. Ils déclaraient révoquer celui du 9 juin

(1) D. 77, 1 429 — D. 1900 1 33 — D. R. P. V° Obligation n° 3062.

1880 et désignaient comme légataire universel du défunt un de ses frères Edmond de la Boussinière. Celui-ci intente contre M. de Breon et MM. de Legge, une action en pétition d'hérédité ; on conteste l'écriture et la signature des deux testaments produits, mais le tribunal de Segré et sur appel la Cour d'Angers estiment que ces actes sont bien de la main du défunt et condamnent les défendeurs à restituer la succession. Un pourvoi formé par ceux-ci contre l'arrêt d'Angers est rejeté le 13 juillet 1891 par la Chambre des Requêtes et tout semblait terminé quand on acquiert tout à coup la preuve que les deux testaments postérieurs étaient l'œuvre d'un faussaire, un arrêt de la Cour d'assises de la Seine condamnant le 24 mai 1892 à 10 ans de réclusion un notaire G. coupable de les avoir fabriqués. MM. de Breon et de Legge attaquent par requête civile l'arrêt d'Angers rendu contre eux. Cet arrêt est rétracté le 3 août 1892 et le 9 janvier 1893 les demandeurs sont remis par un nouvel arrêt en possession des biens héréditaires. Mais dans l'intervalle, Edmond de la Boussinière avait vendu à différentes personnes des biens dépendant de la succession ; il avait aussi affecté hypothécairement à la garantie d'un prêt de 100.000 francs un immeuble ayant la même origine. La bonne foi des tiers ayant contracté avec lui n'était pas discutable. Quelle validité fallait-il reconnaître aux ventes et aux hypothèques consenties par Edmond de la Boussinière ? En vertu de l'erreur commune ayant existé on doit admettre qu'elles sont opposables aux héritiers véritables et c'est d'ailleurs ce qu'admirent la Cour de

Cassation et la Cour d'Angers (1). Cette espèce choisie entre cent autres fait bien ressortir quel intérêt s'attache à la solution du problème que nous étudions. Au point de vue pratique, par l'importance considérable qu'ont souvent les droits en présence, au point de vue théorique, par l'importance aussi des principes qui semblent être en conflit, il paraît désirable de se faire une opinion sur ce sujet.

La jurisprudence offre d'ailleurs bien d'autres espèces où la maxime *Error communis*... peut s'appliquer et qui quoique de réalisation plus rare ne doivent pas moins retenir l'attention.

Ainsi on a eu recours à l'ancien adage dans un cas où par suite de la mauvaise rédaction de la minute par un copiste il y avait eu erreur sur une loi (2).

Recours intéressant aussi à l'erreur commune au cas où, une loi obscure ayant été d'abord mal interprétée, des particuliers avaient agi en se fiant à cette fausse interprétation : ainsi sur une interprétation erronée de la loi du 17 Nivôse an II le parent d'une personne décédée s'était cru appelé à la succession de cette personne. L'interprétation changeant plus tard, d'autres parents plus éloignés, en ligne collatérale, eurent vocation héréditaire vis-à-vis de cette même succession. Les actes faits par le premier héritier restèrent néanmoins valables (3).

Enfin dernier exemple fourni aussi par les recueils de jurisprudence : les actes reçus de bonne foi confor-

(1) *Journal du Palais*, 1901, 1 209.

(2) D. R. A. V° Loi n° 194 n° 528 et s.

(3) Rej. 15 germinal an XII, D. R. A. V° Loi n° 207.

mément à un usage constant, quoique contraire à une loi formelle, non abrogée, et ne donnant pas lieu non plus à une interprétation douteuse, doivent être déclarés valables. Ceci s'est présenté à propos des actes notariés passés devant un seul notaire, contrairement à la loi du 25 Ventôse an XI qui exigeait la présence d'un notaire en second ou de témoins instrumentaires (1).

Il est inutile de prolonger davantage cette énumération d'espèces vécues. Celles qui ont été rapportées contiennent suffisamment la preuve que la maxime « *Error communis...* » n'envisage pas seulement des cas tout hypothétiques que la pratique ne voit jamais se réaliser. L'examen de la jurisprudence contemporaine montre au contraire qu'elle est d'application constante et à des situations telles qu'il importe vraiment de savoir quel rôle il est légitime de lui réserver.

(1) Nîmes 15 juin 1830, D. R. A. V° Notaire et Obligations. — V° faux n° 220. Ceci pourrait se produire aussi à propos de l'usage de la mise en demeure par simple lettre-missive admis dans la pratique sur l'autorité de la jurisprudence et contrairement aux textes, (D.P. 84, 1 240); de l'usage dispensant de la date certaine les quittances sous seings privés vis-à-vis du cessionnaire de la créance, (S.41, 1 756-S.43, 1 616. Gény, *op. cit.* n° 129); de la jurisprudence relative à l'art. 336 du C. civ. qui admet que l'enfant est valablement reconnu même vis-à-vis de la mère par cela seul que le nom de celle-ci est indiqué dans l'acte de naissance bien qu'aux termes exprès de la loi les effets de la reconnaissance doivent rester purement individuels. (V. Ch. Beudant, *Cours de Droit civil.* I s. art. 336.)

Le silence de la doctrine et de la loi n'est qu'une raison de plus pour aborder cette étude, tâcher de guider l'interprète sur un terrain qui reste encore obscur pour lui.

CHAPITRE DEUXIÈME

Fondement de la Maxime

« Le Droit, disait Ihering, ne se reconnaît pas comme la Vérité ; il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnements et de déductions (1). » Cette remarque est juste si elle a pour but d'éclairer sur la fausseté de cette conception courante d'un droit rationnel, dont les règles seraient universelles et invariables comme la vérité absolue dont la raison les prétendrait tirées. La vérité juridique n'est en effet jamais qu'une vérité *actuelle et locale* (2), soumise aux relativités de l'espace et du temps. Le principal mérite de l'école historique est d'avoir su précisément renverser la vieille théorie du Naturrecht et établir que le Droit n'est point une construction pouvant être, *a priori*, édifiée pour toujours et partout par la raison humaine, mais au contraire qu'il est un ensemble de règles dérivant de l'expérience seule, en perpétuelle formation, en per-

(1) IHERING, *Der Zweck im Recht*, *Trad.* MEULENAERE, Paris 1901, page 173.

(2) F. CLÉMENT, *Des Erreurs et des Préjugés populaires en matière juridique*. Discours prononcé le 10 février 1903 à la séance solennelle de rentrée de la Conférence des avocats de Marseille, page 18.

pétuel changement, selon les besoins des époques et des pays. C'est pour cela que nous avons consacré déjà plusieurs pages à l'histoire de notre maxime. Puisque le Droit d'aujourd'hui est le produit du droit d'hier, il était utile que nous connussions son influence passée, pour juger efficacement du rôle qu'il convient de réserver à notre époque, à l'adage : *Error communis facit jus*. Il est maintenant acquis qu'il a existé, qu'il existe.

Mais on a reproché déjà à l'historisme, une omission (1). L'évolution a-t-on remarqué, a deux faces : une face de conservation que constituent la continuité et la solidarité des états sociaux successifs; une face de progrès constituée par le développement ultérieur de ces mêmes états. Savigny et ses disciples ont tenu compte du premier aspect mais ils ont complètement négligé le second. Ce vice dans leur système a fait qu'ils ont abouti à créer dans le Droit un *esprit de paresse*, *une stagnation*, *un quiétisme conservateur* dont on a vu à l'œuvre tous les dangers. Pour éviter l'autorité de lois vieilles de quelques années, ils se soumettaient à l'empire d'une législation datant déjà de plusieurs siècles.

La doctrine du transformisme contient deux vérités qui sont solidaires entre elles : le Présent est fait des vestiges du Passé ; il renferme aussi les germes de l'Avenir. On devra donc pour apprécier à un moment donné une règle de Droit, examiner de quels états juridiques antérieurs elle résulte, examiner aussi

(1) L. Tanon, *L'Evolution du Droit et la Conscience sociale*, Paris 1900, chap. III, Cf. Ihering, *Geist*, I 43.

vers quel état futur elle tend, quel but juridique elle poursuit. C'est l'idée même si magistralement développée par Ihering, quand il soutient l'importance de la pénalité dans le Droit. Le but, *der Zweck* en est le grand moteur. De même qu'il n'y a « pas d'action sans but (1), » il n'y aura non plus pas de Droit sans but. On doit ajouter sans but légitime, car pour qu'une règle soit juridique il faut non seulement qu'elle poursuive une fin mais que cette fin soit encore souhaitable, désirable au point de vue de la justice. C'est cette légitimité du but que l'on appelle *fondement*; c'est précisément quand elle poursuit la réalisation d'une fin légitime qu'on dit d'une règle qu'elle est fondée en Droit. On voit dès lors pourquoi ce second chapitre et pourquoi son intitulé. Il faut pour apprécier sainement le rôle qu'il convient de nos jours de reconnaître à l'adage « *Error communis...* » étudier son fondement.

A écouter Ihering, cette tâche paraît facile. Les buts de nos actes, dit-il, ce sont toujours nos intérêts. C'est l'intérêt qui nous guide toujours, c'est l'intérêt qui fait le Droit ; un but sera légitime quand il sera conforme à nos intérêts. Il n'y a donc plus, pour savoir si le brocard sur l'erreur commune est fondé en Droit, qu'à rechercher s'il a pour but notre intérêt, notre utilité.

La notion de l'intérêt ou de l'utilité est malheureusement avant tout subjective. Nos besoins, dont la satisfaction constitue l'utilité, ne sont pas comme

(1) Cité par C. Bouglé, *Les Sciences sociales en Allemagne*, Paris 1896, R. von Ihering, *La Philosophie du Droit*, 1re partie.

paraît le prétendre Ihering un objectif extérieur indépendant de notre propre esprit. C'est notre esprit lui-même qui se les imagine, qui les crée selon ses croyances. « La construction d'un Droit, disait pour cela M. Tarde, n'est pas seulement une œuvre de téléologie sociale, une conciliation difficile de désirs et d'intérêts. C'est aussi de la logique sociale ou si l'on veut de la téléologie présentée sous couleur logique... il ne suffit pas de dire que les hommes ont des besoins et étudier ces besoins pour étudier le Droit. Les besoins ne sont que la matière élaborée et transfigurée par les formes idéales de l'esprit (1). » Les besoins sont tels que la raison se les représente. En sorte que le rationalisme qu'Ihering voulait arracher de l'esprit du jurisconsulte est, en dépit de ses efforts, encore appelé à jouer un rôle. Si réaliste que l'on veuille rester il faut toujours en tenir compte. « Le réel, écrit un auteur (2), ne se compose pas seulement du matériel mais il comporte aussi l'immatériel » c'est-à-dire, les idées, les pensées, ces raisonnements et ces déductions que l'on voulait chasser de la science du Droit.

Pour savoir si la maxime « *Error communis facit jus* » repose sur un *fondement juridique*, il faut que nous voyions si elle est conforme aux conceptions courantes que l'on a du Droit (3).

(1) G. Tarde, *Les Transformations du Droit*, Paris 1895, pages 154 et s.

(2) Edmond Picard, *Le Droit pur*, *Permanences juridiques abstraites*, Paris, Bruxelles. 99, page 35.

(3) Dans notre conception personnelle du Droit et que l'on

***

L'erreur commune fait-elle donc le Droit ? Mais tout d'abord qu'est-ce que le Droit ?

Il faut avant tout s'entendre sur ce mot, que l'on pourrait comprendre de plusieurs façons. Allant du général au particulier il a au moins trois acceptions possibles.

C'est d'abord au point de vue le plus large le Droit tel que l'entendent les philosophes, sorte d'entité purement intellectuelle comme le Vrai, le Beau, le Bien, sans relation aucune avec la contingence des faits. C'est le principe même, la notion indépendante de toutes ses applications réelles, que l'on a en vue. Le Droit c'est l'idée de Droit, l'idée qu'il peut exister des droits sans que l'on se préoccupe pourtant de ce que ces droits en réalité peuvent être. C'est l'idée de légitimité, de faculté permise. Il est incontestable qu'à ce premier point de vue l'on peut dire du Droit qu'il est absolu, immuable, éternel. Ihering (1) a beau démontrer qu'il n'est point une idée innée mais seulement le résultat de l'expérience, le produit de l'égoïsme, il n'en est pas moins vrai que l'égoïsme

trouve développée d'ailleurs dans ce chapitre : le Droit c'est ce que l'interprète croit être le Droit. Nous ne cherchons donc pas en étudiant le *fondement* juridique de la maxime à payer le traditionnel tribut au droit naturel ou rationnel en nous demandant si cette maxime est conforme à la Nature ou à la Raison. Nous cherchons seulement à constater quelles conceptions rationnelles cette maxime suppose chez l'interprète pour qu'on puisse prévoir son admission par lui. Les études juridiques sont en un mot de la *psychologie individuelle* : celle des juges.

(1) Ihering. *Zweck im Recht. op. cit.*

accompagnant la première sensation, le Droit est aussi ancien que l'homme lui-même. Il est inhérent à sa nature, le suivra partout où il sera, tant qu'il sera. Le Droit comme le devoir n'est en effet alors qu'un corollaire de l'idée supérieure d'une loi morale. « C'est cette loi elle-même, essentiellement une et immuable de sa nature, que nous appelons tantôt du nom de *Droit* et tantôt du nom de *Devoir* selon le point de vue sous lequel on l'envisage (1) ». Comme l'idée même dont il dérive il doit donc être nécessairement universel et éternel. Il est ainsi ou bien il n'est plus.

Nous n'insistons sur cette acception possible du mot Droit que parce qu'on veut souvent, quoique en le comprenant dans un sens plus étroit, lui reconnaître les mêmes qualités.

Le Droit c'est en effet encore, ou bien l'ensemble des règles édictées en inspiration de l'idée de Droit ; c'est à proprement parler le Droit des jurisconsultes (2), déterminé généralement par un qualificatif : Droit français, romain, historique, et que l'on distingue du suivant en l'écrivant avec une majuscule — ou bien et c'est alors le sens le plus strict, le Droit c'est ce qu'on appelle un droit, c'est-à-dire la faculté reconnue à l'homme par un pouvoir spécial de faire telle ou telle action déterminée parce qu'elle est conforme au Droit. C'est avec cette signification que le mot

(1) A. Franck, *Dictionnaire des Sciences philosophiques*, Hachette, 1845, t. XI, p. 190.

(2) Planiol, *Précis de Droit civil*, I. page 1. — Ed. Picard, *op. cit.* page 67. Cet auteur propose de l'appeler alors *juricité*.

« *jus* » figure dans la maxime ou du moins qu'on l'y fait généralement figurer. L'erreur commune peut-elle faire que telle ou telle action soit légitime ?

On peut dire, que depuis que les sociétés c'est-à-dire que le Droit existe, on discute sur ce que doivent être les droits des membres de ces sociétés. Selon la source qu'on leur donne l'adage « *Error communis facit jus* » est ou non admissible. Il faut donc pour savoir si cet adage est bien fondé, pour savoir si l'on en acceptera ou non l'application, distinguer entre les opinions relatives aux sources juridiques.

Section I

CONCEPTIONS INCOMPATIBLES AVEC LA MAXIME

Une personne, partageant une erreur commune, a acquis d'une autre qu'elle croyait véritable propriétaire, un immeuble qui, en réalité, appartenait à un tiers. La maxime « *Error communis facit jus* » peut-elle conférer la propriété à cet acquéreur *a non domino* ?

A. — *Théories primitives*

Les conceptions primitives que l'on eut du Droit, n'auraient certainement pas admis cette maxime.

A l'origine l'individu n'a aucun droit. Il n'y a de droits que ceux que l'*Etat* confère. La loi étant l'expression de la volonté de l'*Etat*, on pense que ce qui

est juste c'est seulement ce que le législateur permet (1). Ce qui fait le droit c'est la loi. Comme l'écrit M. Beudant (2), à cette époque « l'individu disparaît devant le citoyen... la personnalité humaine est sacrifiée au droit social ». L'intolérance religieuse et intellectuelle, suivant que l'on est à la période sacerdotale ou philosophique (3), est alors poussée jusqu'à la persécution car toute dissidence est un crime contre la souveraineté. A Rome l'esclavage est juste, car l'homme n'a par lui-même aucun droit, pas même celui d'être libre et ceux auxquels l'Etat romain n'avait expressément conféré aucun droit, on pouvait légitimement les priver même de vie, car ils n'avaient aucune personnalité. La loi ne la leur accordant pas, quelle injustice pouvait-on commettre? *Aucune violation de loi, donc aucune violation de droit?* Par contre toute atteinte portée à la loi est une injustice. Il est certain qu'à cette époque primitive l'acquéreur *a non domino* eût été évincé.

Mais l'individu, menacé dans ses besoins essentiels par ce pouvoir exorbitant de l'autorité publique, ne tarda pas à se révolter contre lui. Peu à peu tout un ensemble d'idées se font jour qui sont le contre-pied même de la conception primitive. L'Etat, pense-t-on,

(1) Fouillée Alfred, *L'Idée moderne du Droit en France.* Paris, Hachette 1878. Théorie du Droit idéal.

(2) Ch. Beudant, *Cours de Droit civil français*, Introduction page 14.

(3) V. dans Lambert, *op. cit.* les intéressantes monographies réservées à l'histoire des législations hébraïque, musulmane, romaine.

est fait pour l'individu et non l'individu pour l'Etat. La véritable fin en soi c'est l'homme, l'homme qui a le devoir de remplir sa destinée, qui a par conséquent le droit d'accomplir son devoir. « La personne est le Droit vivant (1) ». Le législateur n'a d'autorité respectable que tout autant qu'il a pour but dans ses règlements de faire observer ce droit de la personne. La loi ne mérite observance de la part des hommes qu'autant qu'elle constitue le moyen de réaliser la destinée humaine. Son pouvoir, elle ne le tient que du but qu'elle se propose. Elle n'a d'autorité que parce qu'elle est un moyen d'y parvenir. Pour que l'homme puisse atteindre sa fin certaines facultés essentielles lui sont nécessaires. Elles doivent lui être reconnues et la loi elle-même ne peut les supprimer car ces facultés sont des droits supérieurs à la loi.

Cette réaction contre les idées anciennes, commencée au XVI[e] siècle avec les guerres de religion qui revendiquent la liberté pour l'homme de penser librement, trouve au XVIII[e] siècle son plein développement. Après les écrits des philosophes et des encyclopédistes, on obtient par la Révolution française la définitive reconnaissance du Droit individuel, la déclaration formelle des Droits de l'homme. L'homme ne tient plus ses droits de la loi, il les tient de sa nature même.

B. — *Théorie des Droits naturels*

Il ne suffisait pas en effet de dire que la loi ce

(1) Boistel, *Cours de Philosophie du Droit*, Paris. 99, t. I p. 85.

n'était pas le Droit. Si l'on s'était borné à cette conception négative il aurait était inutile de nous préoccuper davantage des idées nouvelles. Elles n'auraient pas été un obstacle logique à l'admissibilité de l'adage « *Error communis...* » Même, dans tous les cas où l'erreur commune ne se serait produite que relativement à un droit tel que la législation le reconnaissait, on aurait pu soutenir que puisqu'il était reconnu que cette législation n'était pas la vraie source du Droit, la méconnaissance de sa règle n'entraînait pas d'une façon absolue violation du Droit vrai. Ces idées auraient été favorables à la maxime et non pas un argument élevé contre elle.

Mais les philosophes qui détruisaient l'ancienne théorie d'après laquelle il y avait équation entre les préceptes exprimés par le législateur et les préceptes véritablement justes ne pouvaient s'arrêter sur des ruines. Il fallait reconstruire après avoir démoli. Après avoir dit ce que le Droit n'était pas, il fallait dire ce que le Droit était. Or le Droit d'après eux, était tel que l'erreur commune ne pouvait le créer, ne pouvait surtout le faire disparaître.

La fin du Droit, avaient-ils dit, c'est l'homme. Les droits ce seront donc toutes les facultés indispensables à l'homme pour qu'il accomplisse sa destinée ; ce seront les facultés conformes à son essence, à sa nature : *Les droits ce seront les droits naturels.*

Cette expression a souvent été faussée. Suivant les termes pittoresques de M. Picard (1), Droit naturel, « est en effet un de ces mots caoutchouc qui

(1) Picard, *op. cit.* n° 162.

abondent dans la science juridique et qui y suscitent des quiproquos sans cesse renaissants. » On l'entend souvent d'un Droit idéal, distinct et supérieur au Droit positif, qui s'élaborant dans chaque conscience et étant le produit de conceptions individuelles indéfiniment variées est ou bien le néant ou bien une collection hétérogène d'opinions dissemblables (1). Ici c'est au contraire un droit qui a la prétention d'être essentiellement objectif, de pouvoir donc être très positif.

Il n'est pas déterminé dans son contenu par la conscience individuelle de chaque interprète ; il l'est par la perception au moyen de l'intelligence d'une réalité vécue ou au moins uniformément concevable : l'*état de nature*. Pour savoir quelles sont les facultés naturelles à l'homme, il suffit de se demander quels sont ses besoins à l'état de nature, état où il serait « s'il était tombé des nues (2). » Pratiquement, pour connaître cet état, l'homme n'a qu'à considérer sa raison qui lui fera découvrir les principes du Droit naturel avec autant de clarté et d'évidence que les sens nous font connaître les choses extérieures.

L'état de nature étant, par la définition même que l'on en donne une situation spéciale, déterminée, précise, toujours la même, une et invariable, il est certain que l'on ne pourra que reconnaître à l'homme dans cette situation des droits eux-mêmes immuablement et invariablement déterminés. Dans un moment

(1) PLANIOL, I. p. 2.

(2) PUFFENDORF, *Droit de la Nature*, T. I. livre II, chap. II, § III.

et dans un lieu donnés, un même homme ne peut, si l'on veut être logique avec soi-même, qu'avoir des droits toujours identiques. Un même problème ne peut recevoir qu'une seule solution qui soit exacte. L'homme aura donc ou n'aura pas le droit de faire tel et tel acte ; mais tel acte qui aura été reconnu juste par la raison ne pourra ensuite être déclaré illégitime, car forcément l'on ne peut admettre qu'un même acte soit, à la fois, contraire et conforme au Droit ; un droit est ou n'est pas, il ne peut en un même temps et un même lieu être et ne pas être. Dans ce système du Droit naturel, il y aura donc des droits naturels, immuablement et universellement vrais, qu'aucune influence d'espace ou d'époque ne pourra modifier. Quand par exemple la raison aura reconnu qu'il était juste que l'hérédité aille au plus proche parent du défunt ou à la personne que celui-ci a voulu désigner, cette règle restera vraie de façon absolue, sans qu'aucune contingence ne puisse l'atteindre. Ce sera un principe d'éternelle et d'universelle justice qu'aucune circonstance de fait ne pourra rendre inefficace ou détruire. Nous avons déjà pris pour exemple le cas de l'acquéreur *a non domino*. Puisqu'il est rationnellement juste que la propriété aille à son vrai titulaire, c'est-à-dire que l'héritier véritable recueille, dans l'espèce à laquelle il est fait allusion, l'hérédité qui lui est dévolue en vertu du droit naturel, il faudra dire que cette hérédité lui appartiendra, quelle qu'ait été l'erreur partagée par l'acquéreur du propriétaire apparent. L'erreur même commune ne pouvant devenir vérité, ne peut donner un droit pas plus qu'elle ne peut en supprimer un.

Il faut en effet pour bien comprendre cette théorie la concevoir sous son double aspect. En Droit comme en physiologie, la génération spontanée est un principe faux : rien ne se fait de rien. Si l'erreur commune crée un droit il faut en même temps qu'elle en éteigne un et pas plus dans son rôle créateur que dans son rôle destructif elle ne peut, aux yeux des partisans du Droit naturel, avoir aucune efficacité. La seule source des droits, c'est la Raison qui par essence même doit échapper à la contradiction et ne reconnaître donc, puisqu'elle s'applique à une hypothèse toujours la même : cet état de nature, que des droits invariables et précis. Ces droits étant accordés à l'homme en tant qu'il est homme, qu'il a une destinée qu'il doit pouvoir remplir, rien ne peut l'en priver. La loi elle-même serait impuissante car elle n'est pas une fin mais un moyen. L'erreur commune ne peut par conséquent non plus les faire disparaître. Le tiers qui a acquis de l'héritier apparent ne peut avoir un droit en vertu de l'adage, cet adage ne peut pas non plus dépouiller de son droit le véritable héritier. Avec la théorie des droits naturels la maxime « *Error communis facis jus* » ne peut pas être admise.

« Le Droit, écrit Laurent (1), est l'expression de la vérité éternelle ; comment l'erreur pourrait-elle jamais être assimilée à la vérité ? Il n'y a rien de plus funeste que l'autorité que l'on attache à un fait lorsqu'il repose sur une erreur ; reconnaître à ce fait quelque universel qu'il soit, l'autorité du droit c'est détruire la base de l'ordre moral. Tel est cependant

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, T. XIII, nos 281 et s.

le sens que l'on donne parfois à l'adage « *Error communis...* » C'est le fait qui devient le Droit, dit-on et ne sont-ce pas les faits qui gouvernent le monde ? Non, ce ne sont pas les faits qui gouvernent le monde ; c'est le Droit, c'est la justice ; et quand un fait fût-il universel, est en opposition avec le Droit il doit disparaître et il faut l'attaquer, bien loin de lui donner l'autorité d'un droit. »

« C'est, remarquait M. Windscheid, un rêve sans fin et dont l'humanité n'a jamais cessé de se bercer, qu'il y a un Droit fixe, invariable, qui est le Droit de la raison, valable pour tous les temps et pour tous les lieux (1) ». Après les philosophes rationalistes du XVIII[e] siècle, les rédacteurs du Code civil, quand ils inscrivaient en tête de leur projet : « Il existe un Droit universel et immuable, source de toutes les lois positives » avaient eux aussi cette conception d'un Droit qui serait selon les expressions toujours imagées de M. Picard : « Comme un musée des modèles, un conservatoire des échantillons, des étalons des idéalités juridiques (2) ». Aujourd'hui encore plusieurs esprits très distingués (3) continuent de défendre la doctrine du Droit naturel. Cette doctrine pourtant est, depuis les travaux de l'Ecole historique, presque unanimement abandonnée.

A l'application, la théorie du rationalisme n'avait pas en effet fait preuve des qualités de précision et

(1) Windscheid, Recht und Rechtswissenchaft. Rectoratswechsel an der Universitate. Leipsig. 1889.

(2) Ed. Picard, *op. cit.* n° 162.

(3) Boistel, *op. cit.* — Ahrens, *Cours de Droit naturel*, 2 vol., 6[e] édit. Leipsig 1868.

de fixité dont elle s'était prévalue. Quand en Allemagne, Herder, Hugo, Niehbur, Savigny et Puchta, développant le germe même d'idées contenues dans les écrits de Montesquieu, montèrent à l'assaut du Naturrecht (1), ils n'eurent pas de peine à retirer tout crédit au Droit de nature, que sous des formes diverses leur avaient opposé Hegel et Kant.

Celui-ci avait en vain prétendu déduire du concept de l'individu, des lois sociales universelles et nécessaires, indépendantes de toute condition géographique ou historique, de l'espace et du temps. En vain ses partisans soutenaient-ils qu'un système juridique immuable pouvait être construit en dehors de toute expérience sur les seules données de la raison. Comme le fit remarquer Puchta « la raison c'est une feuille blanche sur laquelle chacun écrit ce qui lui plaît ». Chacun concevra donc l'état de nature d'une façon différente et la prétendue précision objective à laquelle on devait aboutir se trouvera métamorphosée en création arbitraire de règles purement subjectives (2). Cette création phénoménale sera même d'autant plus dangereuse que se fiant à la toute puis-

(1) L. Tanon, *Evolution du Droit et Conscience sociale*, Paris 1900.

(2) Pascal (Pensée 3) se moquait déjà dans sa fameuse boutade « *Vérité en deça des Pyrénées erreur au delà* » des prétentions de ceux qui croyaient à un Droit immuable. M. Gény (*op. cit.* n° 37 et s.) a, dans un chapitre consacré à l'évolution historique de la notion de codification dans le Droit français, fait ressortir aussi, combien était outrecuidante et resta vaine la prétention des révolutionnaires de créer une législation non seulement meilleure mais même parfaite, c'est-à-dire exprimant le Droit de façon complète

sance de la raison on sera plus intransigeant sur les règles qui paraîtront dérivées d'elle. Comme l'autorité législative était réputée ne faire dans ses lois qu'exprimer les principes du Droit naturel, c'est en effet encore pour combattre la tyrannie légale qu'on combattit les prétentions du rationalisme (1). La crainte de cette tyrannie fut la raison pratique qui amena sa condamnation comme elle avait déjà entraîné la chute du pouvoir absolu de l'Etat.

En fait, aujourd'hui on a généralement du Droit d'autres idées.

Section II

CONCEPTIONS COMPATIBLES AVEC LA MAXIME

Au principe d'immutabilité sur lequel était construit le Droit naturel et au principe de déduction qui

et définitive. (Cf. aussi Gény, *op. cit.* n° 42 à propos des rôles successivement joués par le Tribunal, puis Cour de Cassation.) Ihering a pourtant remarqué une supériorité du Droit naturel sur le Droit historique : celle de ses tendances cosmopolites plus utiles à la science que les tendances nationales de l'historisme. (Bouglé, *op. cit.* Valeur scientifique de la philosophie de Ihering. — Cf. aussi sur une renaissance de la théorie du Droit naturel. Revue trimestrielle du *Droit civil*, 1902. R. Saleilles, *Ecole historique et Droit naturel*, §§ *3 et 4*). — V. Lambert, *op. cit.* page 34 et s.

(1) C'est pour combattre la codification en Allemagne qu'en 1814 Savigny leva l'étendard de l'historisme. (Savigny, Vom Bernf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtsvissenchaft. — Cf. Thibault, Ueber die Nothwendigkeit eines Allgemeines bürgelichen Recht fur Deutschland.)

en était le corollaire ont succédé de nos jours les principes d'évolution et d'induction.

Transportant dans le domaine des sciences morales une idée que soutenait déjà Darwin dans celui des sciences naturelles, Savigny a démontré que le Droit n'a pas un commencement absolu, qu'il ne résulte pas d'un acte souverain de création, qu'il n'est pas né en un jour tel qu'il doit toujours être : c'est au contraire un produit successif, non produit arbitraire du présent mais produit empirique du passé. Ce n'est pas une science de raison, existant dans son contenu même *a priori*. C'est une science d'expérience, dont les règles ne peuvent être déterminées qu'*a posteriori*, par l'histoire. La période des expériences n'est jamais terminée : elle dure tant que l'histoire durera. L'humanité n'est qu'une longue expérience et le Droit variera tant qu'elle sera.

En fait, depuis que les hommes existent le Droit change (1). L'hypothèse rationaliste de l'homme à l'état de nature est historiquement fausse. L'individu isolé n'existe pas. L'homme, si l'on veut étudier son concept est, avant tout, un être social et il n'y a de vrai, de réel, que l'homme en société. Or la société

(1) Cela ne prouve-t-il pas que les principes du Droit ne sont point fixes et absolus comme le disent les rationalistes, ou bien si l'on veut quand même soutenir leur caractère « *perpétualiste et cosmopolite* » ne faut-il pas reconnaître que la raison est impuissante à les découvrir ? Logiquement d'ailleurs elle doit toujours l'être car si le Droit est un absolu en soi il ne peut être conçu par la raison sinon il deviendrait aussitôt relatif. (Cf. G. Simmel, *La Science de la Morale*, Berlin 92. Einleitung.)

étant en voie perpétuelle de changement, le Droit doit évoluer avec elle. Il doit être essentiellement muable et protéique (1) ; il doit être constamment en train de se faire et de se défaire, en état perpétuel de devenir. C'est une fausse idée que la fixité absolue du Droit, soit pour certaines époques, soit même dans un avenir idéal comme le pensent ceux qui croient au Droit naturel suprême. Seules les lois ont cette stabilité ; mais elles doivent changer pour rester justes. L'idée même du Droit est éternelle et universelle, mais ses applications doivent varier comme varient les hommes mêmes. Le Droit est un, mais il est divers (2). Les droits eux-mêmes ne sont jamais que relatifs.

Cette thèse d'un Droit variable et local a pour la maxime « *Error communis facit jus* » une importance capitale. Logiquement, cette maxime que l'on ne pouvait en effet accepter avec les idées des rationalistes, devient dès lors au contraire parfaitement admissible.

Que ce soit au point de vue positif ou que ce soit au négatif, son efficacité devient également concevable. On peut à la fois comprendre qu'elle donne un droit à quelqu'un qui sans elle n'en aurait pas eu, qu'elle en enlève un à quelqu'un qui sans elle l'aurait possédé.

L'erreur commune, croyance d'une certaine nature à

(1) E. Picard, *op. cit.* p. 290.

(2) Cf. Saleilles, *Revue Trimestrielle du Droit Civil, Ecole historique et Droit naturel* : à propos du *Droit naturel à contenu variable* de Stammler.

un certain état de fait, étant en conséquence elle-même un état, on peut admettre que le Droit qui dans la conception nouvelle est un produit de l'expérience, un résultat d'états antérieurs, puisse naître de cette erreur. D'autre part, puisque l'individu cesse d'être la propre source de ses droits, que ces droits ne lui sont reconnus que parce qu'ils sont conformes aux exigences de la solidarité sociale (1), exigences qui changent constamment sous l'influence des faits, les droits d'une personne peuvent, quels qu'ils soient, cesser d'être justes : l'erreur commune est peut-être un de ces faits qui suppriment le droit. En un mot, l'adage latin devient, en logique, concevable puisqu'il n'est pas incompatible avec les idées courantes sur le Droit. Il reste à vérifier, si, en fait, il doit même être accepté (2).

L'erreur commune est un état, qui, en raison, peut créer ou éteindre des droits. A-t-elle en réalité cette double efficacité ?

A. — *Pourquoi l'Acquéreur de l'Héritier apparent a-t-il un Droit ?*

On suppose par hypothèse qu'un tiers, victime d'une erreur que sans détermination plus grande nous

(1) L. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, Paris 1901, T. I. pages 26 et s.

(2) Pour bien comprendre notre pensée il suffit de remplacer dans l'équation qui fait le fond de cette étude, les inconnues par leur valeur. L'erreur commune est un fait. Le Droit est le produit des faits. On obtient pour la maxime « *Error communis facit jus* »: un fait produit ce qui est le produit des faits — et ce résultat n'est

qualifierons de commune, a acquis à titre onéreux des immeubles, qu'il croyait la propriété de son vendeur. En réalité celui-ci n'est pas le vrai propriétaire des immeubles vendus ; il n'a donc pu transmettre un droit qu'il n'avait pas. Si l'acquéreur a cependant acquis la propriété des immeubles, il faut dire que c'est l'erreur commune qui seule a été cause de cette acquisition. Doit-on admettre ce résultat? Il faut pour répondre, connaître les sources d'où dérivent nos droits, savoir si l'erreur commune est une de ces sources.

I. — Evolution des Doctrines et Critique

Historisme. — Il avait triomphé dans sa partie critique, quand il avait dit : le Droit ce n'est ni la Loi ni la Raison et on avait applaudi à ses efforts qui entraînaient la chute du Naturrecht et de ses orgueilleuses prétentions. Il restait entendu « que le Droit vieille et toujours jeune chanson de l'Humanité était à l'état d'écoulement constant, chaque époque, chaque race projetant son droit comme elle projette son art et sa morale (1). » On admettait qu'il n'y avait pas un Droit mais des droits, chaque nation ayant le sien, le droit étant selon les expressions mêmes de Savigny « comme la langue et la littérature, une fleur de l'âme nationale (2). »

plus absurde. Il reste à savoir si l'erreur commune est précisément un de ces faits qui produisent le Droit.

(1) Ed. Picard, *op. cit.* p. 256.

(2) Bouglé, *op. cit.* Introd. 2e période.

Il avait même été apprécié dans sa partie reconstructive, quand après avoir dit ce que le Droit n'était pas il voulut en déterminer le criterium. Comme l'a remarqué un de nos plus brillants écrivains à propos de la littérature moderne dont le caractère scientifique s'accentue chaque jour, « ce que l'esprit de notre époque recherche surtout, son premier souci, c'est l'exactitude ». Pour y atteindre il se soumet scrupuleusement devant l'objet. « Toute création humaine, dans la vie publique comme dans la vie privée a pour première condition d'être réaliste (1) ».

Or l'historisme plaisait parce qu'il donnait satisfaction à ces tendances positivistes. On avait observé combien le subjectivisme des rationalistes aboutissait à des résultats imprécis. « Les jeux d'idées, disait-on, nous font connaître l'individualité de l'auteur mais nous cachent la réalité historique (2) ». Aussi comme on veut être objectif, souscrit-on volontiers au programme de Savigny qui, au mépris des faits, proposait de faire succéder la défiance des idées. Le moi paraissant alors particulièrement haïssable on fait avec Ranke le vœu de s'en dépouiller pour laisser parler les choses. On se complaît dans le concret comme on se complaisait dans l'abstrait.

La première constatation de l'historisme eut trait à la source même du Droit. Toute l'histoire des sociétés humaines montre que ce qui aux différentes époques a été la vraie source du Droit, c'est la conscience

(1) P. Bourget, *Œuvres complètes, Romans,* T. I. Préface pages VI et VII. Edit. Plon-Nourrit et Cie, Paris 1900.

(2) Bouglé, *op. cit.*

collective. On aurait en effet tort de croire que la loi a toujours existé. A l'origine le *jus scriptum* n'existe pas. Les hommes règlent leurs rapports par des pures règles coutumières. Les règles de droits sont les règles admises par la *conscience collective* du groupement social. Cet état n'a, il est vrai, pas toujours duré. Le groupement devenant plus considérable les rapports deviennent plus fréquents, plus compliqués. Leur multiplicité empêche que les membres de la société les conçoivent clairement, que la conscience commune soit suffisamment perceptible. Les idées juridiques se spécialisent comme les rapports ; il faut pour comprendre le Droit une vocation et des études spéciales : les juristes apparaissent et ils ont d'abord le « *jus publice respondendi.* » Mais leurs opinions n'étant pas d'une fixité suffisante on recourt à une formule écrite intangible : la loi. La législation devient le signe extérieur du Droit le plus apparent. Elle est utile car elle est précise et permet aux hommes d'agir avec plus de certitude. Mais quel que soit son rôle « elle n'est que l'expression du droit populaire ; le législateur n'est pas en dehors du peuple, il est au contraire placé au centre de la nation dont il ne fait que réfléchir l'esprit, les opinions, les besoins » (1). La loi est donc inférieure au droit coutumier. C'est la coutume ou mieux encore la conscience collective dont elle n'est que le signe le plus manifeste, qui est le Droit en soi.

Avec cette doctrine l'erreur commune sera évidemment une source possible du droit. Puisque c'est

(1) Tanon, *op. cit.* chap. II.

la conscience collective qui est créatrice des droits et que l'erreur commune n'est qu'un phénomène de conscience commune, il est certain que le droit à l'existence duquel cette conscience aura cru, deviendra par le fait même de cette croyance le droit vrai. Si l'héritier apparent a par commune erreur passé pour héritier véritable il pourra transmettre aux victimes de cette erreur tous les droits que le *verus dominus* aurait pu transmettre lui-même.

En théorie donc pas de difficulté possible au sujet de l'efficacité de notre maxime si l'on est partisan de l'historisme.

En fait, il en est autrement. Car il ne suffit pas de déclarer qu'en principe l'erreur commune fait le droit, il faut encore pouvoir déterminer à quel moment on est en présence d'une erreur commune. Or l'historime n'a pas réussi à donner de la conscience collective une définition précise, un critérium sûr.

La conscience est un produit évolutif. Pour en connaître la réalité il faut étudier avec soin tous les faits historiques qui ont contribué à la former telle qu'elle est. On scruta donc le passé dans ses moindres détails croyant pouvoir en faire surgir le présent. Mais le système montra, à l'application, son vice. L'esprit humain se sentit comme oppressé par la multitude des faits que les historiens lui apportaient. On sentit le besoin de remettre de l'unité dans cette multiplicité et après avoir distingué il parut nécessaire d'assimiler à nouveau. On dut demander des lois pour se retrouver dans l'infini des faits, pour échapper à la micrologie. L'homme impuissant à

concevoir l'unité de l'absolu, l'était autant à concevoir la variété infinie des faits. L'histoire même donnait tort à l'historisme. La conscience commune de Savigny était aussi chimérique que la raison universelle de Rousseau. Comme de celle-ci on pouvait dire avec Puchta « qu'elle n'est qu'une feuille blanche sur laquelle chacun écrit ce qui lui plaît ». Que servirait-il donc de dire que l'erreur commune peut faire le droit si l'on ne doit pas savoir quand il y a erreur commune ?

Le *Naturalisme* crut par sa méthode apporter plus de clarté à la matière. Après l'échec de l'historisme, les sciences sociales cherchèrent en effet à emprunter les méthodes des autres sciences et après avoir subi l'influence de chacune d'elles, mathématiques, astronomie, chimie, on eut recours à la méthode des sciences naturelles. Les sociétés sont des organismes dont l'individu n'est qu'un organe (1). De même que l'on recherche dans les faits les lois des êtres vivants, de même les faits permettront aussi de trouver les lois de cet être vivant qu'est la société.

Krause avait enseigné la réalité des organismes idéals. Ihering décrivit l'anatomie et la physiologie de ces organismes. Bluntschli retrouva son acte de naissance (2). Un autre, Schaffler, dit que l'individu est la cellule, la famille et la cité sont les organismes nerveux, l'Etat le centre cérébro-spinal. Il y eut aussi un système digestif, circulatoire, respiratoire. L'his-

(1) Durkhein, p. 48.

(2) Il affirme même son sexe masculin et prétend qu'il a atteint l'âge de virilité consciente, autrement dit de majorité vers 1740. (Blunstchli, *Théorie Générale de l'Etat*, p. 18 à 46).

toire devint la dynamique sociale, la sociologie la statique, l'économie politique l'hygiène, le droit pénal la clinique, le droit en général la thérapeutique. « Cette campagne, avoue M. Beudant (1), est menée avec un sérieux tellement imperturbable que les esprits les plus jeunes ne sont pas sans éprouver quelque trouble. On se demande vraiment si on est en présence d'un cas d'auto-suggestion. »

Tant de fictions restèrent en réalité inutiles. Quand Bluntschli (2) admettait que l'Etat est une personne organique et morale distincte des individus qui le composent il admettait nécessairement que cet organisme avait une pensée qui lui fût propre et réelle. Mais M. Duguit (3) a magistralement démontré que ce n'était là qu'une hypothèse et qu'une fiction. Dans le domaine des réalités on peut dire qu'il n'y a comme personnes que les personnes humaines. « Les hommes réunis forment, dit-on, un être vivant et organisé, pensant, voulant, distinct des individus qui le composent, on ne l'a jamais vu et on écrit des volumes sans pouvoir démontrer son existence. Derrière ces volontés et ces consciences individuelles il y a, dit-on, une volonté et une conscience collective, distincte... Sans doute un certain nombre d hommes à une même époque veulent et pensent la même chose. En résulte-t-il une volonté, une conscience qui ne soit pas la somme des consciences et des volontés individuelles ? Une volonté individuelle

(1) Ch. Beudant, *Droit Individuel et Etat*, p. 224.

(2) Bluntschli, *op. cit.* trad. Riedmatten, 2e éd. 1881, p. 18.

(3) Duguit, *op. cit.*, p. 5.

même déterminée par un but collectif reste une volonté individuelle (1) ».

Le *Psychologisme* a été une autre tentative, aussi infructueuse à notre avis, quand il a prétendu fournir de la conscience collective un criterium certain et objectif.

L'école de Savigny qui voulait au moyen seulement des données historiques déterminer ce que devait être la législation ou plus exactement le droit d'un pays à une époque donnée aboutissait à des résultats inacceptables. C'est ainsi que pour savoir si

(1) Cf. cependant Tanon, *op. cit.* 2e partie. — La conscience collective ne serait évidemment pas un être doué de personnalité et ne serait qu'un nom. Elle resterait néanmoins distincte de la conscience individuelle. Elle serait formée des sentiments communs à tous les membres d'une même Société (mœurs, coutumes, institutions). Il est incontestable que quand cette conscience se traduit extérieurement comme dans les coutumes et les lois, sources formelles, l'on peut dire qu'elle existe réellement. Mais hors de là comment la reconnaîtra-t-on ? Il n'est pas nécessaire, dit-on, qu'elle soit perçue par tous les membres d'une Société, il suffit d'une perception par l'élite et d'un assentiment tacite par la foule. En fait l'élite quelle sera-t-elle ? Ce sera une question d'appréciation personnelle et sous une forme détournée c'est encore au subjectivisme que l'on retourne. — Lazarus (*Das Lieben der Seele*. Berlin, 83, 3e édit.) a vainement cherché d'éviter cette argumentation. « On prétend, dit-il, qu'il n'y a d'âme que là où il y a unité et que le moi social n'est donc qu'un moi verbal puisqu'il n'est constitué que de moi individuels seules unités véritables. » Mais, répond-il, une multiplicité de substances peuvent aboutir à une unité d'activité : ainsi les atomes réunis forment un corps. L'individu lui-même n'est qu'un composé d'idées « une idée est à l'âme individuelle ce que l'âme individuelle est à l'âme sociale ». En réalité il ne s'en

la propriété était légitime Spencer (1) ne recherchait pas si elle est ou non un corollaire de la liberté humaine car il était entendu qu'on ne devait étudier que les faits historiques ; il observait qu'elle existait chez les Todas, les Bovas, les Takuns, les Chakmas, les Veddah des bois etc... et par induction, de la répétition et de la similitude du phénomène, il concluait qu'il était de droit naturel. Pour savoir si la mise à la retraite des fonctionnaires est juste on ne recherchait pas non plus si elle était conforme au bon sens ou aux exigences pratiques. On observait que certaines peuplades se débarrassent des vieillards inutiles en les mettant à mort, que les Brahmanes vieillis abandonnent la vie active et se font ascètes et par induction on concluait que la retraite est d'ordre naturel quand l'âge amène l'impuissance (2).

Sans vouloir exposer ici, ce que ne permettent pas les limites étroites de cette étude spéciale, toutes les critiques auxquelles a donné lieu cette méthode juridique (3), disons pourtant pour expliquer l'action

heurte pas moins à ce dilemme : ou bien l'on doit affirmer l'existence d'une conscience sociale distincte des individuelles et l'on personnifie alors une abstraction ce qui est un retour à la mythologie, ou bien l'on nie cette existence et alors la conscience sociale n'est qu'un composé de consciences individuelles et pour connaître celle-là il faudrait connaître celles-ci.

(1) Spencer, *L'Individu contre l'Etat*, p. 14.

(2) Sumner Maine, *Etude sur l'ancien Droit et la Coutume primitive*, p. 32 à 70.

(3) Faisons au moins remarquer qu'elle aboutissait en fait à la stagnation dans le Droit qu'elle reprochait tant aux partisans du

du psychologisme que le principal défaut des disciples de Savigny était de ne tenir compte dans l'évolution que de l'influence du passé. Nous avons dit déjà que comme Janus elle était un personnage à face double, réfléchissant d'une part les faits et les états ayant antérieurement existé, regardant d'autre part vers l'avenir, vers les états ou les faits futurs. Pour qu'une règle juridique soit juste il faut en un mot qu'elle soit à la fois conforme aux idées acquises de la tradition et conforme aussi aux idées courantes sur le progrès.

Ihering partant de cette idée espérait en induire la vérité absolue en Droit. Est conforme au progrès ce qui correspond au but, à la finalité que l'on poursuit. Le but, la finalité, n'est autre chose que l'intérêt. On devra donc dire que ce qui est juste c'est ce qui est utile ou du moins ce qui paraît utile à la conscience collective.

Appliquant ces idées au problème de notre thèse on dira : la maxime « *Error communis facit jus* » est fondée en Droit si elle est en harmonie avec la croyance commune, si la collectivité croit à son utilité. Plus particulièrement l'acquéreur, dans l'espèce exposée des ventes immobilières faites par un héritier apparent, sera propriétaire des biens achetés si ce résultat est conforme à l'utilité telle que la conçoit la conscience collective. Il n'y a qu'à analyser

Droit naturel. Les lois empiriques qu'elle prétendait déduire de l'Histoire, devaient en effet rester toujours vraies, être immuables à la façon des lois naturelles des rationalistes. Elles étaient aussi universelles.

la conscience, à faire la psychologie de cette âme nouvelle (1).

Si ingénieuse que soit cette théorie du grand jurisconsulte d'Outre-Rhin, et quelle que soit aussi la finesse de son esprit, l'originalité de ses remarques, la lumière qui se dégage souvent des aperçus nouveaux contenus dans ses œuvres, il n'en reste pas moins, à donner du droit un criterium objectif, aussi impuissant que ses prédécesseurs l'avaient été. « Le Droit, dit-il, n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi, il n'est que le moyen de réaliser un but (2) ». Cette proposition, admissible puisque nous voyons que le Droit ne dirige pas mais subit l'influence des faits, n'est pourtant, remarquons-le, que négative. Dès qu'il veut émettre une vérité positive, il ne peut prouver ce qu'il affirme autrement que par sa propre affirmation, par sa façon particulière d'apprécier les faits ou les buts. Le but du Droit, dit-il, c'est le maintien de la société humaine... au-dessus du Droit il y a la vie. On doit dire avec Cicéron : *Salus populi summa*

(1) Ihering, Der Zweck im Recht, *op. cit.* — Si l'on veut, dit-il, rechercher selon quelle loi la conscience se détermine, il faut rechercher quelle fin elle poursuit. Tous les *quia* peuvent se transformer en *ut*. La causalité ne peut agir sur notre volonté qu'en prenant la forme de finalité. Le vrai moteur du monde social reste le désir. La science du Droit c'est la science du But. Selon la définition même de Papinien « *Lex est commune præceptum virorum prudentium consultum* » (L. I. *De Leg.* 3). La loi n'est que la « coalition des gens intelligents et prévoyants contre ceux qui ne savent rien prévoir (p. 375). »

(2) Ihering, *op. cit.* p. 169.

lex esto (1), c'est le salut de la société qui est la loi suprême. On ne doit pas s'écrier « *Fiat justitia et pereat mundus* » mais « *Fiat justitia ut floreat mundus* ». — « Le but du Droit est la réalisation des conditions d'existence des sociétés. Il recherche non la vérité mais l'opportunité. Il y a, il est vrai, des opportunités plus permanentes, mais on ne doit pas les confondre avec des vérités absolues. Il n'y a pas de Droit rationnel, ce qu'on ne doit pas perdre de vue si l'on classe le Droit selon la permanence des opportunités en Droit naturel et Droit positif (2). »

La société elle-même a pour but : l'intérêt de l'individu « L'intérêt seul conduit au Droit qui est la paix. La paix c'est la fin d'une contestation par l'établissement d'un *modus vivendi* auquel se soumettent les deux parties en lutte. La force s'impose ainsi à elle-même une limite qu'elle veut respecter, elle se crée une norme qu'elle n'entend pas méconnaître. Cette norme consentie par elle-même, c'est le Droit. Qu'elle l'observe ou non par la suite, peu importe en présence du fait accompli. Elle peut violer le Droit, le considérer comme non avenu, toujours est-il que le Droit a été créé et elle ne peut plus faire qu'il ne soit pas... (3) »

Si ce n'était la nécessité qu'il y a de nous limiter, nous n'interromprions pas encore ces citations où l'on voit vraiment comment les droits naissent, se développent et persistent quoique violés. Mais l'on connaît maintenant assez la doctrine de Ihering pour

(1) IHERING, *op. cit.* — CICERON, *De Legibus* III-3.
(2) IHERING, *op. cit.* p. 291-375.
(3) IHERING, *op. cit.* p. 166.

que l'on comprenne le reproche que nous lui adressons.

De cette fine analyse en résumé que résulte-t-il? N'aboutit-elle pas à reconnaître que le Droit c'est l'individu lui-même qui le crée? Cela nous paraît une conséquence directe de ses propres observations. Le Droit a pour but l'utilité, mais l'utilité c'est l'individu lui-même qui apprécie où et quand elle existe. Le Droit est au fond un produit purement subjectif.

II. — Idée d'un Droit purement subjectif

Le Droit ce n'est en effet ni un ensemble invariable et absolu de règles comme le soutiennent les partisans du Droit naturel, ni le produit d'une sorte d'être fictif la conscience commune que l'on connaîtrait, soit au moyen de l'histoire, soit au moyen de la psychologie. Comme l'a écrit déjà un de nos maîtres à l'esprit très pénétrant « Ce qui est le Droit c'est ce que nous croyons être le Droit » ou encore « C'est la croyance en notre Droit qui nous fait acquérir le Droit ; ou plutôt et comme une croyance cela ne se voit pas, c'est la croyance que l'on prête à l'acquéreur qui lui donne son droit (1). »

Dans l'hypothèse que nous poursuivons toujours de l'acquéreur des biens de l'héritier apparent, le droit de cet acquéreur à la propriété des biens héréditaires sera fondé si nous croyons qu'il l'est. Mais notre croyance ne sera pas celle de cette entité mystique et irréelle que l'on a appelée *conscience collec-*

(1) Em. Lévy, *op. cit.*

tive ou commune, ce sera un sentiment purement personnel, purement subjectif, qui n'aura de valeur certaine que pour celui chez qui il existera, qui ne résidera aussi que chez cet individu.

Il est certain que, comme l'ont montré Darwin au point de vue physiologique, et Spencer au point de vue moral, nous ne sommes que des produits d'évolution. Le milieu dans lequel nous vivons influe sur nous et influe sur nos croyances. Mais cependant, ce que l'on appelle *croyance du milieu* n'est autre chose que notre croyance propre et toute personnelle. Il vaut mieux, si l'on veut parler très franchement, dire à notre avis, que le Droit c'est la croyance individuelle de chacun de nous, aussi variable, aussi passagère et momentanée, aussi locale, que nous sommes nous-mêmes changeants et relatifs.

Au point de vue des faits, puisque c'est à ce point de vue seul que l'on doit raisonner, qu'est-ce en effet qu'un droit ? « On n'en trouve partout, avoue M. Picard (1) que des définitions à bords frangés, des explications empiriques, des renseignements empénombrés. L'à côté et l'à peu près. » Kant le définit par le but qu'il doit atteindre « Les droits ce sont les conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord ». Krause, par la source dont il le fait dériver « Le droit c'est l'ensemble organique de toutes les conditions extérieures de la vie conformes à la raison ». La définition de Schopenhauer contient un vrai cercle vicieux ; car quand il dit que « Le droit

(1) PICARD, *op. cit.*, p. 32.

est la négation d'un tort », que pourrait-il répondre si on lui demandait ce qu'est un tort ?

« Quel imbroglio, quelle Babel (1) ! » s'écrie le savant belge. C'est qu'en effet il faut, si l'on veut aboutir à un résultat réel, ne tenir compte dans les définitions, ni du côté téléologique, ni du côté œtiologique mais seulement de l'ontologie, de ce qui est.

Hobbes paraît l'avoir ainsi compris quand il dit que le droit « c'est la liberté de faire quelque chose ». Pour respecter la justice (2), pour indiquer par conquent ce qui est juste, ce qui est Droit, il faut toutefois compléter cette formule du philosophe allemand : Le Droit c'est la liberté de faire quelque chose, que reconnaît et au besoin protège la force sociale. Si l'on veut jusqu'au bout remplacer les termes abstraits et laissant place à l'équivoque par les réalités concrètes, il faut dire puisque, à moins que l'on veuille lutter d'imagination avec les naturalistes mystiques, la force sociale ce n'est pas une personne morale, mais qu'elle est représentée par un être vivant, humain

(1) PICARD, *op. cit.*, p. 34.

(2) La définition de Hobbes a en effet, telle que nous la rapportons, soulevé la plus violente tempête de protestations. En effet, ou bien il entendait le mot de *liberté* dans le sens de faculté conforme au Droit, et sa définition tournait alors au cercle vicieux, à la pétition de principe, ne gardant aucune signification ; ou bien, comme il est plus probable, il l'entendait simplement de la puissance, de la possibilité d'agir et sa conception du Droit se résumait alors en ceci : Le Droit c'est la force. Depuis que cette phrase lapidaire a servi dans des circonstances particulièrement dramatiques à justifier un acte d'usurpation accompli à nos dépens il ne peut être un esprit en France qui ne la considère comme une monstruosité.

comme nous, qu'elle est un juge ou un gendarme, que les droits ce sont les libertés d'agir reconnues ou protégées par les magistrats ou les représentants de la force armée ; en d'autres termes ce sont des libertés d'agir reconnues par des individus et le droit est, dans la réalité des choses, essentiellement subjectif.

Il ne faut plus se contenter de dire que chaque époque, chaque race projette son droit comme elle projette son art, sa morale et sa religion. Comme une époque, ce n'est qu'une succession de moments, une race, une collection d'individus, il faudra dire qu'à chaque instant, chaque homme projette son droit comme sa religion, sa morale et son art. Le Droit c'est l'ensemble des actes que certains hommes, détenteurs d'une force très impoitante, la puissance sociale, croient que l'on est libre d'accomplir, ou plus net encore, le Droit c'est non pas une croyance commune, mais la croyance personnelle de chaque interprète.

A tous les degrés de manifestation, le Droit revêt ce caractère de production essentiellement individuelle et particulière, sans objectivité. L'on admet comme source formelle du Droit, la loi, et l'on admet aujourd'hui généralement aussi la coutume et l'autorité. Derrière ces mots que se cache-t-il ? toujours des hommes, des individualités vivantes ou ayant vécu. La Loi ce n'est point le législateur, personne d'essence surnaturelle, composée peut-être d'hommes, mais supérieure à eux et en restant distincte. Ce sont les hommes eux-mêmes auxquels les autres hommes ont reconnu le droit de promulguer

les lois. C'est Moïse, c'est Solon, c'est Numa ; en 1804, c'était Portalis et ses collaborateurs ; ce sont aujourd'hui nos députés et nos sénateurs. La Coutume, ce sont les actes accomplis par telle et telle personne. La Tradition, les opinions émises par certains auteurs : Ulpien, Cujas, Pothier ; la Doctrine ce sont nos auteurs en renom et la Jurisprudence nos magistrats : en somme, toujours des personnalités, des hommes.

C'est ce subjectivisme essentiel qui explique que depuis que l'humanité existe les tribunaux n'aient pas encore chômé, que les procès soient toujours possibles, que les meilleurs jurisconsultes disputent sans cesse entre eux et que l'on ne puisse, à coup sûr, prédire de quel côté se tient le Droit. Chacun interprète et juge selon et à son point de vue.

C'est pour cela aussi que dans les pays mêmes qui ont une législation, une tradition et une doctrine semblables, le Droit arrive en fait à être différent.

Comme nous la Belgique est soumise au Code Napoléon et pourtant n'y a-t-il pas divergence d'opinion entre les magistrats de sa Cour suprême et ceux de notre Cour de Cassation sur la question même des actes de l'héritier apparent ? Comme l'a remarqué M. Duguit (1) en étudiant les caractères généraux de la règle de conduite ou si l'on préfère de la règle de Droit, cette règle ne peut être qu'un concept individuel. « C'est seulement dans la conscience de l'individu que nous pouvons la saisir. » La prétendue conscience sociale n'est qu'une hypothèse.

(1) Duguit, *op. cit.* p. 92.

Tous les problèmes juridiques sont résolus par chaque interprète selon ses propres pensées et non d'après une réalité objective extérieure et indépendante de lui qui serait le Droit.

Sur le fondement même de ce Droit autant d'opinions que d'auteurs. Les Allemands disent qu'il a pour but la force, les Français la liberté, tandis qu'en Angleterre on dit qu'il a pour fin l'utilité. Un auteur moderne, M. Fouillée, comme pour mieux montrer que les termes mêmes n'avaient de valeur que selon ceux qui les employaient, a même démontré que ces trois expressions, *force*, *utilité*, *liberté*, n'étaient guère malgré leur antonymie apparente que synonymes entre elles « Oui le Droit, écrit-il, est la force, mais la force supérieure, c'est la liberté » (1). Le Droit c'est aussi l'utilité, mais la liberté morale permettant à l'homme d'être le plus possible se concilie avec son plus grand intérêt.

Le Droit est donc purement individuel et il faut retenir qu'il varie avec chaque interprète (2).

(1) Fouillée, *L'idée Moderne du Droit en France*. Paris Hachette 1878, page 257.

(2) Il serait possible de donner de cette idée une illustration remarquable par l'examen des diverses théories contruites sur le problème de la responsabilité. La responsabilité supposant deux activités en présence et en conflit, il est certain que sa détermination exige celle des droits eux-mêmes. Selon la *théorie traditionnelle* il y a responsabilité quand il y a eu *faute* et l'on est en *faute* quand on n'a pas agi en bon père de famille. Mais chacun se fait du bon père de famille une idée différente car il n'a d'autre réalité que celle d'être une conception purement phénoménale. (Cf. Ripert *De l'exercice du Droit de Propriété dans ses rapports avec les pro-*

En sorte qu'à notre avis il ne peut être légitime de dire d'une façon absolue que la maxime « *Error communis facit jus* » est ou n'est pas fondée en droit, de dire, d'une façon absolue encore, que le droit du tiers acquéreur de bonne foi d'un héritier apparent est ou n'est pas juridiquement fondé. Tout dépendra des conceptions juridiques de celui à qui l'examen de la question sera proposé.

Ce qui sera vérité pour l'un, sera pour l'autre une erreur. M. Valabrègue admettra l'efficacité de notre adage ; M. Laurent le condamnera.

Tout ce que l'on pourra faire ce sera tâcher de prévoir d'après les manifestations habituelles de sa pensée quelle sera sur le point qui nous intéresse la pensée de l'interprète. Ce mot même d'*interprète* on devrait le prendre non point dans un sens général et indéterminé, mais en lui faisant désigner un inter-

priétés voisines. Thèse Aix 1902, p. 198, 211, 207 et s.) D'autres ont dit il y a faute ou responsabilité quand il y a eu *abus du droit*. Mais on ne peut s'entendre quand il s'agit de déterminer de façon exacte quand il y a abus du droit. (Cf. PLANIOL, *Droit Civil II* p. 269 n° 901, 2e édition. — SALEILLES, *Théorie de l' Obligation* 2e édit. p. 310 *in fine* p. 373. — Cf. de VALLIÈRES SOMMIÈRES : *Rev. Critique* 1893, p. 444 et s. — RIPERT, *op. cit.* p. 248 — J. CHARMONT. *Rev. Trimestrielle de Droit civil*, 1902) M. PLANIOL a cru être plus heureux quand il dit qu'il y a responsabilité quand il y a *violation d'obligation*. Mais alors chacun détermine la liste des obligations à sa façon. (PLANIOL, *Dr. Civil II*, n° 901). M. DEREUX a particulièrement montré pour la source d'obligations la plus féconde peut-être, le contrat, que cette source, soit que l'on admette la théorie française de l'autonomie de la volonté, soit que l'on partage les conceptions allemandes des « déclarations de volonté » n'entraîne jamais que

prête particulier, spécialement et personnellement visé. Comme le font les hommes d'affaires vis-à-vis de leurs clients (car c'est là qu'est le droit réel) il faudrait étudier les opinions, les conceptions juridiques de tel et tel juge, et dire, non pas la maxime est-elle conforme au Droit, mais est-il probable qu'elle soit acceptée par tel tribunal, par tels magistrats ? (1).

des effets relatifs, dépendant essentiellement de l'interprétation donnée au contrat par chaque interprète et variant avec les opinions de chacun d'eux. — Cf. DEREUX. *Diverses conceptions actuelles du Contrat. Revue critique* 1902, p. 513 et s. — Voir aussi E. LÉVY *Exercice du Droit collectif. Revue trimestrielle* de droit civil 1903, premier fascicule. — La théorie du *Risque créé* de M. SALEILLES, n'est pas plus fortunée. Car pour qu'il y ait responsabilité il faut qu'il y ait création volontaire du risque : mais chacun donnera encore ici une interprétation différente — Subjectivisme encore dans les théories de M. TEISSEIRE soutenant qu'il y a responsabilité quand il y a *dommage causé* ou de M. RIPERT disant qu'il y a responsabilité quand il y a *exercice anormal d'un droit*. Quand le pot de terre voyageant aux côtés du pot de fer tombe brisé, quelle est la cause de la rupture : est-ce le pot de fer qui devra être responsable parce que sa dureté a triomphé de la fragilité de son compagnon ou est-ce le pot de terre qui devra supporter le dommage parce que sa fragilité a succombé et n'a pas pu supporter les heurts avec son voisin ? Où est aussi le critérium de la normalité que propose M. RIPERT ? M. DURKHEIN, (*Règles de la Méthode sociologique* chap. III) a démontré que le normal n'avait aucune réalité objective, donc aucune détermination absolue possible. — Enfin dit M. LÉVY, il y a responsabilité quand il y a *confiance légitime trompée* : mais c'est encore l'esprit seul du juge qui dira quand une confiance aura été légitime.

(1) M. LAMBERT dans son travail si remarquable sur la *Fonction*

« Probablement » doit-on encore dire, car il n'est pas d'auteur qui soit capable de mener à bien d'une façon absolue une telle tâche. La vérité absolue est en droit impossible. Ce savoir complet dépasserait les facultés de l'intelligence la plus vaste qui ne pourrait quelle que soit son envergure embrasser la multiplicité infinie de tous les détails. Il faut s'en tenir aux vraisemblances, aux probabilités. Ce n'est pas là d'ailleurs la négation de tout caractère scientifique aux connaissances juridiques.

La probabilité si elle n'est pas une vérité démontrée par la raison est démontrée par la croyance et si celle-ci constitue une démonstration moins forte et moins probante elle démontre pourtant tout de même. Le Droit n'est sans doute pas une science exacte mais on peut cependant lui concevoir un caractère scientifique.

III. — Pourquoi le Droit de l'Acquéreur est-il probable ?

La conscience, même pour ceux qui se refusent à admettre le déterminisme complet, se décide en effet d'après certaines influences recueillies extérieurement à elle même : les motifs.

En sorte qu'après avoir dit qu'on ne pouvait d'une

du Droit civil comparé, proposait déjà d'attribuer ce rôle à la doctrine : « Révélation du Droit existant, tel que l'appliqueront les tribunaux ou, pour emprunter la définition de Sir Fred. Pollock. (*Essais*, p. 23 et s.) la *Prédiction des Sentences judiciaires* » et un de nos maîtres mêmes n'a pas craint de souscrire à cette proposition. V. Cézar-Bru, *Rev. Gén. op. cit.* p. 344.

façon absolue démontrer le fondement juridique de la maxime « *Error communis facit jus,* » notre conclusion reste néanmoins plus positive qu'elle paraissait.

Par l'étude des motifs déterminants on pourra prévoir avec un degré de certitude assez grand quelle sera la décision adoptée par les interprètes.

Il est incontestable qu'en fait beaucoup d'hommes pensent sur bien des points de même façon et leurs pensées identiques résultant de causes semblables obéissent à de véritables lois.

Ces causes en matière de Droit, ce seront tous les prétendus facteurs auxquels nous avons refusé une autorité absolue et auxquels nous restituons en conséquence maintenant une efficacité relative. La conscience du juge, facteur unique du Droit, n'est sans contingence pas connaissable ; mais tous les facteurs secondaires : lois, tradition, autorité, coutume, jouent pratiquement et doivent garder un rôle important parce qu'ils aident à la connaître. Il est même curieux de montrer l'évolution qui s'est accomplie sur ce point : plus le Droit est devenu subjectif, dépendant de la conscience seule du juge, plus on a multiplié autour de lui des données objectives.

Les sociétés étaient à l'origine des groupements composés d'un petit nombre d'hommes. Les connaissances humaines étant fort restreintes chaque conscience les enfermait toutes de façon à peu près uniforme. Le ciel sous lequel les membres de chaque société vivaient était très strictement le même pour chacun d'eux, chacun se trouvait dans la même condition, avait mêmes besoins, mêmes désirs, mêmes pensées, pouvait-on dire aussi même cons-

cience. Il y avait uniformité dans les conceptions juridiques et la conscience individuelle étant la même chez tous on pouvait dire qu'il y avait une conscience commune. Le Droit c'était alors la coutume ou mieux la conscience collective ; bien que restant dans le fond essentiellement subjectif on comprend très bien qu'il ait paru très objectif (1).

Comme l'a fait observer M. Duguit (2), c'est à tort que le progrès et la civilisation ont apparu à beaucoup d'esprits comme la marche incessante vers un idéal supérieur que l'intelligence humaine conçoit *a priori,* vers une connaissance plus complète d'un principe uniforme et absolu. En réalité on ne constate qu'une transformation incessante et continue des hommes, telle que chacun d'eux comprend plus de notions, a des aspirations plus nombreuses, des besoins plus variés. « La civilisation n'est que l'accroissement des inégalités (3). » Elle a pour résultat l'accroissement des individualités parce que l'augmentation des différences entre chaque homme fait ressortir davantage la personnalité de chacun. Le progrès de la civilisation concorde pourtant avec le développement des idées égalitaires, mais c'est à cause de ceci : on n'a senti le besoin d'affirmer l'égalité des hommes que lorsqu'on a eu conscience des diversités qui les séparent en sorte que c'est l'inéga-

(1) M. Lambert a pourtant démontré de façon presque convaincante que même à ces époques primitives la conscience individuelle existait seule.

(2) Duguit, *op. cit.* p. 43 et s.

(3) L. Duguit, *loc. cit.*

lité croissante qui a fait proclamer si haut les principes d'égalité.

En Droit c'est aussi le subjectivisme croissant qui a poussé les auteurs à rechercher avec tant d'ardeur l'objectivisme juridique (1). C'est parce que de nos jours plus que jamais l'on a senti le danger que pouvait faire courir à l'harmonie des rapports sociaux l'arbitraire d'un droit purement individuel, basé sur la conscience seule du juge, que l'on a élevé comme des barrières autour de cette conscience, la contraignant à ne se mouvoir que dans un cercle toujours plus étroit, plus précis et indépendant d'elle-même. Le résultat absolu est impossible à atteindre, nous l'avons dit. Les tendances modernes à l'objectivité forment pourtant un fait positif dont on ne peut méconnaître l'existence sous peine de mal juger la réalité elle-même en négligeant un de ses éléments : elles ont réussi à donner au droit une certaine objectivité dont il faut tenir compte pour être exact.

La théorie que nous présentons est donc moins négative qu'elle semble. Suivant l'heureuse image de M. Dereux (2) les règles de droit sont comme les figures de monstres marins que l'on mettait jadis à l'avant des navires et qui semblant conduire le bâtiment étaient en réalité conduites par lui. Elles semblent diriger le juge et c'est le juge qui les crée, qui

(1) Signalons particulièrement les efforts faits par L. von Savigny, fils de l'éminent jurisconsulte, pour trouver le critérium du « moi objectif ». (V. SALEILLES, *Revue trimestrielle de Droit civil, 1902. Ecole historique et droit naturel.*)

(2) DEREUX, *Rev. crit. 1902, op. cit.*

les entend comme il veut. Mais après avoir constaté que le Droit n'existe que dans la conscience de l'interprète nous ajoutons que cette conscience se trouve elle-même conditionnée par des règles extérieures à elle qui la guident et qui la pénètrent en la déterminant.

A quel motif un juge obéira-t-il en reconnaissant bien fondé le droit de celui qui aura acquis de bonne foi et en vertu d'une erreur commune un bien d'un héritier apparent mais non véritable? A quel motif, de façon plus générale, ce juge obéira-t-il en sanctionnant la maxime « *Error communis facit jus* »?

Il n'est bien entendu pas encore le temps d'examiner les conditions particulières que devra réunir l'erreur commune pour être efficace, ni savoir jusqu'où exactement devra s'étendre cette efficacité. Il s'agit seulement de rechercher la finalité poursuivie de façon générale par l'interprète en acceptant l'adage latin.

Le juge obéira à la pensée suivante : que le Droit n'étant précisément pas cet ensemble de règles ayant une réalité absolue et perceptible uniformément et universellement par tous, partout et toujours, et que rêvaient les rationalistes ou que rêvent encore de nos jours ceux qui croient à un Droit vraiment objectif, il est nécessaire pour assurer et rendre possibles les rapports sociaux de légitimer ces rapports quand ils n'auront été déterminés que par une apparence invinciblement trompeuse, un mirage irrésistiblement trompeur. M. Valabrègue (1) qui reflète exactement les con-

(1) Valabrègue, *op.* et *loc. cit.* p. 3.

ceptions de notre magistrature est sous ce rapport particulièrement intéressant à entendre :

« Notre raison, écrit-il, cet instrument libre et vague, ainsi que l'appelle très justement Montaigne, est sujette à bien des défaillances... Des apparences mensongères peuvent dissimuler le vice d'un acte, d'un contrat, et faire illusion à l'esprit le plus clairvoyant.. ceux qui ont comparu devant l'officier public, ceux qui ont contracté avec les incapables, ont pu se trouver sous l'empire d'une erreur à peu près invincible... on ne saurait leur reprocher aucune négligence ; ils se sont entourés de tous les moyens d'investigation dont on doit humainement s'entourer ; ils ont accepté comme l'expression de la vérité des apparences qui en imposaient. Seront-ils victimes de l'erreur dans laquelle ils sont tombés ? Sera-t-on fondé à leur opposer la nullité inflexible, impitoyable de l'acte ou du contrat ? Faudra-t-il sacrifier à la rigueur du droit, la justice, l'intérêt public lui-même, qui exige la sécurité dans les transactions privées ? »

C'est le besoin d'assurer cette sécurité dans les transactions sociales qui est le fondement de l'adage « *Error communis...* »

M. P. Janet, écrivait il y a quelques années : « Il faut des croyances. Il faut agir, donc il faut croire (1) ». L'humanité vit en effet d'instinct avant de vivre de raison. Cet instinct devient sentiment, ce sentiment devient croyance et l'humanité est gouvernée par les croyances bien plus que par les vérités. La raison est impuissante et il faut quand même accepter la foi.

(1) P. Janet, *Revue des Deux-Mondes*, 15 octobre 1881, p. 880.

C'est bien au fond, quelqu'en puisse être l'étonnement qu'il ressente lui-même devant cette conclusion tirée de ses œuvres, ce retour au fidéisme qui se dégage des doctrines juridiques d'un de nos plus pénétrants auteurs. M. Lévy disait déjà à propos de la foi qu'il fallait ajouter au titre comme preuve de la propriété : « On a besoin d'avoir confiance. On n'a pas le temps ni les moyens de douter : on croit. C'est l'intérêt de chacun, c'est l'intérêt de tous. Il y a comme une entente tacite en vue de considérer comme droit l'apparence de droit. Ne vivons-nous pas en tout de croyances (1) ? » et, à propos de la théorie de la responsabilité, sa pensée se manifeste plus nettement encore : « Dans la mesure où, pour agir, nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes nous ne sommes, écrit-il (2), pas responsables envers autrui. »

La confiance est légitime en un mot parce qu'elle est nécessaire. L'erreur est excusable parce qu'elle ne se peut éviter ou du moins quand elle ne peut être évitée. Pour s'y dérober il faudrait s'abstenir d'agir et l'action étant nécessaire, étant le but même et la condition essentielle de la vie, il faut pratiquement, pour ne pas l'entraver ou la gêner, l'accepter avec toutes ses imperfections, la légitimer, quand bien même les apparences qui l'ont motivée auront été fausses.

(1) E. Lévy, *Preuve par titre du Droit de Propriété immobilière*. Thèse. Paris 96, p. 13.

(2) E. Lévy, *Responsabilité et Contrat*. *Revue Critique* 1899, p. 373.

La maxime « *Error communis facit jus* » est fondée sur une considération d'utilité sociale. Elle doit être acceptée par faveur pour l'existence même des sociétés.

On connaît l'histoire de ces fameux mariages de Montrouge, célébrés par un officier public que tout le monde croyait, et avait toutes raisons de croire, compétent. Cette croyance commune était une erreur; strictement, les unions consacrées par cet officier devaient être annulées ou du moins déclarées nulles. Si, par application de la maxime « *Error communis...* » on a admis leur validité, c'est uniquement pour favoriser cet acte essentiellement utile à la société : le mariage ; parce que l'annulation prononcée aurait non seulement nui aux personnes mêmes qui avaient été mariées à Montrouge, mais aurait encore semé quelque défiance dans l'esprit de tous ceux qui auraient pu plus tard vouloir se marier et qui auraient peut-être manqué de la confiance nécessaire en la légitimité de leur union pour en accepter les résultats.

L'acquéreur des biens vendus par celui que tout, rumeur publique, possession d'état, titre, donne comme héritier véritable de leur ancien propriétaire, ne pourra être évincé par le véritable héritier parce que, si on l'admettait, les relations entre acheteurs et vendeurs deviendraient peut-être trop difficiles, que ceux-ci, ne pouvant suffisamment convaincre ceux-là de la légitimité de leurs droits, risqueraient de ne pouvoir se mettre d'accord avec eux, en obtenir une somme d'argent en échange de leur propriété douteuse et que la circulation des biens, si nécessaire

économiquement à la richesse du pays se verrait menacée et en danger d'être entravée.

Les mêmes conceptions du crédit public, de l'intérêt social, expliqueraient les autres applications possibles du brocard relatif à l'erreur commune.

L'erreur commune donne un droit parce que cela paraît conforme aux intérêts de la societé, « à la solidarité sociale », comme dirait M. Duguit (1).

Ces raisons ne paraissent d'ailleurs pas suffisantes pour tous.

Les partisans d'un Droit absolu et invariable, comme l'est M. Laurent, ne veulent pas admettre qu'un droit puisse naître de l'erreur, qu'un droit, surtout celui du vrai propriétaire, puisse disparaître pour faire place au droit nouveau de l'acquéreur trompé. A un point de vue non plus rationnel mais purement utilitaire on a aussi quelquefois nié que la maxime « *Error communis* » soit très conforme à l'utilité publique. Plus encore qu'à protéger la circulation des biens, il y a, dit-on, intérêt à assurer leur conservation à leurs vrais propriétaires : le respect de la propriété est une règle essentielle et d'ordre public.

On ne peut donc assurer qu'un interprète acceptera la faculté créatrice de l'erreur commune. Le fondement utilitaire indiqué ne l'est qu'à titre de probabilité. Il faut en tout cas expliquer pourquoi le véritable propriétaire perd son droit, puisqu'il est admis que l'acquéreur de l'héritier apparent peut conserver le sien.

(1) L. Duguit, *op. cit.*, I, p. 91 et s.

B. — *Pourquoi le véritable Héritier perd-il son droit ?*

C'est en effet l'existence de ce véritable héritier qui est généralement considérée comme l'obstacle le plus redoutable à l'admission de l'adage. Certains auteurs ne peuvent concevoir que ses droits, que la loi même consacre, puissent disparaître. Cet héritier a, dit-on, un droit acquis qui ne peut être supprimé. La propriété est sacrée.

Cette argumentation a amené une scission profonde entre les jurisprudences des cours suprêmes française et belge. Nous la retrouverons à propos des effets que l'on doit reconnaître à l'erreur commune. Elle expliquera alors les faux-fuyants adoptés par certains jurisconsultes pour échapper à de soi-disants principes de droit qu'on leur opposait. Pour éviter des redites nous renvoyons donc ailleurs une exposition qui sera plus utilement faite à une autre place.

En sorte que les explications ne peuvent être ici que fort courtes.

Si le véritable héritier perd ses droits, c'est selon toute vraisemblance parce que l'acquéreur de l'héritier apparent acquiert les siens.

Cette Lapalissade renferme une idée plus profonde qu'il semble. On ne peut nier, en effet, que le véritable propriétaire, surtout si comme dans l'espèce que nous avons rapportée des de la Boussinière, il est complètement exempt de faute, ne soit lui-même très digne d'intérêt.

Dans cette succession les vrais légataires avaient

fait tout ce qu'il leur était humainement possible de faire pour conserver la propriété de leur legs. Les manœuvres d'un faussaire triomphent de leur défense; mais, quand plus tard ils réclament le respet de leurs droits, on ne peut, tant leur situation semble intéressante, s'empêcher de souhaiter le triomphe de leurs revendications.

Ces revendications sont justes, aussi justes que le droit du légataire lui-même et il serait certainement désirable qu'on pût leur donner satisfaction.

Mais la justice humaine n'est le plus souvent qu'une justice relative. On s'imagine quelquefois que dans tout conflit de droit, si l'une des parties a raison l'autre doit forcément avoir tort (1). La chose n'est, en réalité, pas aussi nette que cela. Il faut, bien entendu, que l'une ait le pas sur l'autre, l'emporte sur elle et en triomphe, mais ceci ne veut pas dire que celle qui est évincée ne mérite pas aussi quelque intérêt. L'œuvre des tribunaux est avant tout, selon la figure allégorique, une œuvre de balance. Elle consiste à peser les intérêts en présence, à évaluer leur force respective et à décider lequel est le plus puissant. M. Gény a fort bien développé cette idée en désignant comme première règle de la libre recherche, le principe de l'équilibre des intérêts en présence (2). On les équilibre en effet ou du moins on examine lequel mérite

(1) On doit observer qu'en droit civil on tend de plus en plus à faire sous ce rapport de la justice objective, où la part de l'élément intentionnel et subjectif est éliminée. Cf. les théories nouvelles sur la responsabilité et la conception actuelle de la *faute*.

(2) Gény, *op. cit.*, n° 173.

le plus de protection. Ce sera celui qui triomphera, qui aura le droit ; mais cela ne signifie nullement que l'autre intérêt moindre n'aura pas existé ; il aura été sacrifié, mais cela n'est-il pas une preuve même de son existence ?

Si donc nous décidons que l'héritier véritable doit être primé par l'acquéreur victime de l'erreur commune, cela ne doit pas être interprété comme une méconnaissance complète des droits de cet héritier. C'est seulement parce que selon nous il paraît, quoique intéressant, moins intéressant pourtant que son adversaire.

Il serait d'ailleurs malhabile de poser en théorie pure et abstraction faite de toute considération de fait, une règle trop absolue. Si dans telle espèce l'intérêt de l'acquéreur semble, à raison des circonstances ou de la situation des parties, devoir primer celui du véritable propriétaire, il peut par contre se présenter d'autres cas où ce soit ce propriétaire qui doive l'emporter. Nous avons seulement indiqué par quels motifs on peut justifier la destruction des droits du *verus dominus*. Mais il est entendu que ces motifs peuvent ne pas être admis. En étudiant les effets de la maxime, on verra mieux dans quelles hypothèses cette justification est possible et dans quelles hypothèses elle doit rester irrecevable.

Section III

SENS ET PORTÉE DE LA MAXIME

La maxime « *Error communis facit jus* » ne peut avoir la portée que l'on serait tenté peut-être de lui donner.

Pas plus qu'une loi, un adage ne peut créer un droit (1). Il est l'occasion qui lui donne naissance ; mais c'est l'interprète seul qui, réellement, est le créateur. On ne doit donc pas dire que l'erreur commune fait le droit, car c'est du juge seul, de ses conceptions, que la création de ce droit dépend. La maxime ne peut être qu'une déterminante des décisions du juge.

Par contre et c'est une idée que nous avons déjà fait ressortir en examinant les textes de lois relatifs à notre matière, il importe peu que le législateur ait ou non consacré notre adage. Sa portée ne s'en trouvera nullement modifiée. S'il y a eu consécration, la constatation qu'il contient n'en acquerra qu'une force nouvelle ; il y aura plus de probabilité encore pour qu'elle produise effet sur l'esprit de l'interprète. Mais si cette consécration fait défaut il n'en demeurera pas moins acquis que depuis une époque très lointaine cette vérité a été observée par les hommes : que l'erreur commune mérite d'être protégée.

(1) Ainsi en Belgique bien que l'adage soit connu comme en France il n'est pas admis par la jurisprudence.

C'est là en effet l'unique sens de l'adage. Dans le Droit, qui est une science essentiellement empirique, il a la valeur d'un résultat d'expérience. Il renferme la constatation, faite par une foule de générations, d'une vérité juridique. Il est la preuve d'une nécessité sociale d'ordre particulier. Il apprend à l'interprète que l'intérêt public commande de protéger une situation spéciale : celle où l'on est en état d'erreur commune. Ce n'est pas un *ultimum subsidium* de l'équité c'est une vraie loi naturelle qui doit influer sur la décision du juge. Elle lui enseigne une réalité très pratique : la nécessité de la croyance, la possibilité de l'erreur, l'urgence de protéger cette erreur si l'on ne veut pas nuire au développement des activités humaines, compromettre la vie des sociétés.

Les termes du brocard latin sont trop généraux pour qu'on puisse en tirer un enseignement plus précis. On ne sait pas exactement après avoir lu sa formule en quoi consiste cet état spécial qu'elle appelle l'erreur commune. On ne sait pas non plus jusqu'où doit aller cette protection qu'il conseille. Elle doit, dit-on, faire le droit. Mais l'ambiguïté de ces mots demande à être éclaircie.

CHAPITRE TROISIÈME

Conditions d'exercice de la Maxime

Au nom même des principes essentiels et fondamentaux du Droit, M. Laurent refuse, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, de reconnaître à la maxime « *Error communis...* » aucune valeur juridique. Il ne saurait donc être question de déterminer les conditions d'exercice de cet adage, si son opinion était unanimement partagée.

Mais quelle que soit l'influence exercée sur la doctrine par le célèbre professeur de Gand, on peut cependant affirmer qu'elle préfère tout entière se ranger avec M. Demolombe et la jurisprudence à un avis contraire dicté par des idées moins intransigeantes.

Tribunaux et auteurs voient dans le vieux brocard un principe traditionnel d'équité, tenant essentiellement à la paix sociale en excusant l'erreur et en sauvegardant la bonne foi (1). S'ils trouvent une apparence contradictoire et paradoxale à cette règle, ils sacrifient, dans des vues utilitaires et en faveur d'exigences pratiques qui leur semblent absolument nécessaires, les principes mêmes du Droit. « Il est très

(1) *Journal du Palais*, *1884*, I, 5, note de M. Labbé.

rare, écrit M. Demolombe (1), que les systèmes absolus ne soient pas aveugles et impraticables. C'est la logique qui les inspire ; or la vie réelle ne se gouverne pas d'après les exigences de la logique ; il faut transiger à chaque pas entre des principes contraires en faisant à chacun sa part de légitimes applications. » Pothier lui-même avait ainsi compris le droit quand « dans l'intérêt du commerce et de la société civile (2) » il admettait l'erreur commune.

Echappant à la méthode habituelle de déduction pure, on se souvient cette fois-ci que le Droit doit avant tout être favorable à la vie et dans des considérations pratiques on résiste à la passion ordinaire que l'on témoigne pour les *constructions juridiques* (3). Dussent les principes courants en recevoir quelque irrespectueuse entorse on aime mieux les voir souffrir qu'aboutir par amour de la logique à des résultats pratiques trop durs. Presque tous les arrêts font valoir cette idée d'intérêt social. « Attendu, dit l'un d'eux, que si cette doctrine était rejetée il est de toute évidence que la stabilité de la propriété ne serait plus assurée, que les transactions seraient paralysées et que le crédit public se trouverait gravement et profondément atteint (4) » et M. Valabrègue, qui s'inspire surtout des idées de la jurisprudence, repré-

(1) Demolombe, T. XXI, p. 229.

(2) Pothier, *Traité de la Puissance maritale*, 2e partie, n° 28. — *Sic* Merlin, Répert. v° *Erreur* n° VI. — Solon, *op. cit.* p. 245 et 370. — Cochin, *op. cit.* T. 3, consult. 52.

(3) Gény, *op. cit.* n° 22.

(4) D. 77, 1, 429.

sente la maxime comme une règle protectrice de la sécurité sociale (1).

Les raisons d'utilité sociale ou d'intérêt général qui poussent ainsi la plupart des interprètes à accepter l'application de la maxime, ne se sont cependant pas présentées à chacun d'eux avec le même caractère de force ou d'urgence. Souvent aussi les esprits se sont laissés impressionner, malgré leur désir de justice, par des principes en apparence opposés à l'adage latin. De là en fait, même pour ceux qui admettent cet adage, bien des divisions d'opinion sur le détail, bien des cas où le libéralisme reste arrêté dans son essor par la crainte de froisser la logique.

Il faut examiner par conséquent, pour permettre d'éclairer sur ce que peut être le rôle actuel de l'erreur commune, quelle est dans les diverses hypothèses connues ou possibles, l'importance présumée des intérêts qu'il s'agit d'accorder, quels sont les principes qui aident le juge à procéder à cet accord.

Section I

NATURE DE L'ERREUR COMMUNE

« Tout l'esprit d'un auteur, disait Labruyère, consiste à bien définir (2) », mais c'est un esprit difficile

(1) Valabrègue, *op. cit.* p. 75. *Pandectes françaises*, v° Succession.

(2) Labruyère, Caractères, Ouvrages de l'*Esprit* n° 14.

à posséder, parce que les définitions sont souvent elles-mêmes bien délicates à fournir.

En fait, relativement à l'erreur commune on note, quand il s'agit de la définir et de la déterminer, des divergences nombreuses et pour obtenir une notion plus exacte de ce qu'est cette erreur commune, il paraît utile de dire auparavant ce qu'elle n'est pas.

A. — *Erreur Commune et bonne foi*

L'*erreur* c'est la croyance à ce qui n'est pas (1), ou encore, la fausse notion que nous avons d'une chose (2). Selon la doctrine kantienne nos connaissances résultent de la coopération de deux sources : la sensibilité et l'entendement (3). La sensibilité nous fournit l'étoffe de la pensée ; elle est la capacité de recevoir des représentations par la manière dont les objets nous affectent. L'entendement c'est notre pensée même, notre jugement. La raison fondamentale de toute erreur ne doit être cherchée que dans l'influence occulte de la sensibilité sur l'entendement, influence qui fait réputer objectif des principes purement subjectifs. Nous prenons l'apparence, le sentiment de la vérité pour la vérité même. Sans poursuivre plus loin cette analyse psychologique, il suffit de retenir que l'erreur est dans son essence même un phénomène psychologique, une pensée, un sentiment au sens précis du terme. Toute erreur est un

(1) Bossuet, *Connaissance de Dieu et de soi-même*, I. chap. 10.
(2) Savigny, III. appendice 8.
(3) Kant, *La Logique*. Traduct. Tissot-La Drange, 1862, p. 74.

sentiment et même *commune* elle ne sera jamais qu'un état d'âme, état individuel puisqu'il n'y a pas de conscience en dehors des individus.

Sous ce caractère purement psychologique, quoique pourtant sous une autre appellation, l'erreur a toujours produit en Droit des effets très considérables. Elle peut être en effet la *bonne foi* que définit Littré « la conviction où l'on est que l'on exerce un droit légitimement, dans des conditions légales » et qui consiste, comme le disent les Pandectes belges, à agir comme si une chose était. « La bonne foi, ainsi que l'écrit très juridiquement M. Jaubert (1), est une forme de l'idée de justice. » Ce n'est pas la justice dans l'acte mais plutôt l'esprit de justice dans l'auteur de l'acte.

En Droit Romain, soit dans l'interprétation des contrats qui n'étaient pas *stricti juris*, soit à propos de l'acquisition du droit de propriété par la possession, cet élément moral jouait, à n'en pas douter, un rôle très considérable.

En Droit Français, davantage encore, on lui laisse une grande part d'efficacité. Au point de vue pénal, certaines infractions, qualifiées d'intentionnelles, n'existent pas quand leur auteur est de bonne foi. Au point de vue civil, la bonne foi peut en cas d'inexécution des contrats, soit limiter la condamnation, soit limiter même l'obligation (art. 1150 C. Civ., obligation des héritiers du dépositaire, paiement de l'indu). Elle peut même sans se borner à un rôle

(1) JAUBERT, *Des Effets civils de la bonne foi*, Thèse, Aix 99, p. 24.

purement passif aller jusqu'à la création d'un véritable droit : c'est ainsi qu'elle valide les mariages putatifs.

Si dans ce dernier cas elle est une condition suffisante pour faire naître un droit au profit de l'époux ayant fait sincèrement erreur, on doit toutefois remarquer qu'en règle générale notre système juridique n'admet pas que la simple croyance à la légitimité d'un acte puisse légitimer cet acte quand il est accompli. Par faveur spéciale pour les unions conjugales, la jurisprudence s'est montrée en matière de mariage aussi large et accommodante que l'interprétation stricte des textes lui permettait de l'être, sans respecter même les anciennes décisions des tribunaux canoniques ; mais dans tous les autres cas elle exige que concomitamment à sa bonne foi l'auteur de l'acte irrégulier excipe aussi d'un juste titre. Que ce soit à propos de l'acquisition des fruits, de l'indemnité due à raison des impenses faites, de la prescription de 10 et 20 ans ou du mode d'acquisition prévu par l'article 2279 C. Civ., dans toutes ces hypothèses où la possession seule donne, à celui au profit duquel elle a existé, un droit, à la façon d'un mode d'acquérir vraiment originaire sans que cet enrichissement du patrimoine se trouve causé par le fait d'un tiers, il faut qu'indépendamment de sa bonne foi le possesseur fasse aussi la preuve d'un fait. L'élément subjectif et interne ne produit tout son effet qu'autant qu'il est accompagné d'un élément externe et objectif.

Le juste titre est en effet un fait. Si ce fait fait défaut, si la croyance sincère de l'homme qui s'est

trompé ne peut s'appuyer sur cette base objective, il ne sert de rien à celui-ci d'avoir été de bonne foi. Son droit n'est pas né viable et devra disparaître sitôt que contesté. Les tribunaux ont toujours jugé ainsi et la loi elle-même d'une façon très formelle le commande. Sur chacune des situations que nous venons de citer, le Code renferme des injonctions expresses et indiscutables que l'on ne peut vraiment nier. Etant donné que la législation est incontestablement une des causes qui exercent sur l'esprit de l'interprète, à notre époque surtout, le maximum d'influence possible, il est très important de faire cette constatation ; cela a d'autant plus d'intérêt pour l'étude de notre maxime qu'une très puissante objection élevée à l'encontre de son efficacité se fonde précisément sur cet état de nos lois.

Certains auteurs ont, en effet, raisonné *a contrario*. Leur point de départ réside en cette idée que l'erreur commune n'est autre chose que la bonne foi ordinaire. Si donc, disent-ils, la loi ne reconnaît d'efficacité à cette bonne foi que tout autant qu'un certain élément de fait lui est adjoint, il est bien certain que chaque fois que cet élément fera défaut, en d'autres termes, lorsque l'erreur se produira sans qu'il y ait aussi juste titre on ne devra lui laisser produire aucun effet.

Laurent (1) surtout a développé cette argumentation à propos des actes de l'héritier apparent. «On invoque, dit-il, la bonne foi des acquéreurs, mais la bonne foi permet la prescription, rien de plus. Y aurait-il, par

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, t. IX, n° 554.

hasard, deux espèces de bonne foi, l'une qui assure immédiatement la propriété à l'acquéreur, l'autre qui outre ce titre, exige encore une possession de 10 à 20 ans?» et la même considération semble aussi toucher Duranton (1).

Sans discuter la question à propos de laquelle cet argument a été présenté, on se rend compte cependant combien,s'il était admis, notre thèse perdrait de son intérêt. La théorie de la bonne foi a déjà fait l'objet de plusieurs études. L'examen de l'adage « *Error communis...* » ne pourrait donc avoir d'autre résultat que de dégager un des aspects sous lesquels cette bonne foi peut exister, une de ses espèces particulières. Cet adage n'étant que l'application de principes déjà connus perdrait toute originalité. Ce qui est plus grave même, il se trouverait soumis à des conditions prévues et nettement déterminées par le droit écrit : ce qui restreindrait infiniment l'étendue d'application de notre maxime et diminuerait non seulement son intérêt, mais même sa portée.

Mais cette identification entre l'erreur commune et la bonne foi n'est pas fondée. Comme l'indique le qualificatif même qui l'accompagne, l'erreur commune n'est en effet pas l'erreur simple.

Toute erreur est un sentiment. Ici aussi existera donc sans doute une situation morale, une croyance, un état psychique. Mais il ne suffira pas que cette fausse croyance, cette erreur, même très sincère, existe pour qu'il y ait *Error communis*. Il faudra en

(1) Duranton, *Cours de Droit français*, I, p. 480.

plus un élément spécial, une caractéristique particulière.

On verra que cette qualité de *commune*, dont l'adjonction à l'erreur rend celle-ci productrice de droit, est entendue de plusieurs façons. Pour les uns elle résulte de ce que la majorité ou un certain nombre d'hommes ou de certains hommes aura partagé la même erreur ; d'autres la font dépendre de la cause qui aura engendré cette erreur : quand cette cause aura par exemple été telle que la majorité des hommes s'y seraient trompés, quand l'erreur aura été normale, quand, comme l'a dit certain tribunal, elle aura été invincible ou qu'elle aura été telle qu'elle ait pu faire illusion à l'esprit le plus clairvoyant (1), quand enfin un très grand nombre de personnes attentives et intelligentes l'auraient commise (2).

Mais, quelle que soit dans le fond l'idée que les auteurs s'en fassent, toutes leurs définitions ont incontestablement ceci de commun qu'elles ne font pas allusion à la bonne foi toute simple. Elles supposent en outre une condition, une circonstance spéciale qui la fortifie et peut en changer la nature juridique.

Et cette remarque faite, on ne peut plus s'arrêter à l'objection de M. Laurent, car l'erreur commune forme une situation tout à fait distincte de la bonne foi ordinaire.

En outre de la croyance erronée qui est un résultat, il y a une cause, un juste motif, qui fait produire à l'erreur certains effets particuliers et lui donne une

(1) Valabrègue, *op. cit.* p. 3.

(2) Favard de Langlade, Répertoire v° *Erreur*.

efficacité spéciale comme le juste titre quand il est joint à la bonne foi.

A titre au moins hypothétique et sauf à vérifier si en fait les hypothèses indiquées se réalisent on peut concevoir divers états possibles d'efficacité toute différente.

En principe la loi ne tient pas compte au point de vue des droits patrimoniaux de l'état d'âme existant chez le possesseur de ces droits. Cet état n'a d'influence qu'en matière pénale où l'intention mauvaise fait seule en général la culpabilité du délinquant.

Toutefois, dans certains cas particuliers, la croyance du possesseur s'appuyant sur un juste titre, au sens technique du mot, pourra produire certains effets. Elle rendra le possesseur plus digne d'intérêt et pour peu que le véritable propriétaire ou titulaire du droit se rendant coupable de négligence devienne moins intéressant, la loi pourra protéger la situation du premier aux dépens de celle du second. Mais il faudra dans ce cas, on doit le remarquer, qu'à la possession de bonne foi et avec juste titre corresponde un fait reprochable, une sorte de faute chez le véritable ayant droit.

Pour mieux saisir comment l'erreur commune constitue une situation particulière et *sui generis*, on peut concevoir une troisième hypothèse diffférente des deux précédentes. La croyance du possesseur est non seulement rendue excusable par un juste titre, mais elle était encore nécessaire, invincible, selon les termes mêmes employés par les tribunaux au sujet de l'erreur commune. Il s'est rencontré telles ou

telles circonstances qui ont fait qu'on ne pouvait humainement croire autrement qu'on a cru.

Dans ce cas la croyance verra peut-être augmenter sa puissance d'un degré de plus. Elle pourra légitimer absolument l'acte, créer le droit, sans qu'une renonciation, une faute quelconque formant contre partie, soit nécessaire de la part de l'adversaire du possesseur (1). Par son seul effet l'erreur commune créera le droit.

Elle doit être distinguée de la bonne foi.

Mais il reste à montrer en quoi consiste cette différence ou mieux il reste à déterminer ce qu'est l'erreur commune.

B. — *Ce qu'est l'Erreur Commune*

Nous concevons donc qu'une erreur d'un certain ordre soit capable d'engendrer le droit. Il semble, si l'on se demande dans quelles circonstances l'erreur peut avoir efficacité juridique, que la maxime, très explicite pour une fois, peut fournir une réponse précise et claire, ses termes mêmes le disent : l'erreur

(1) C'est l'application même du principe de l'équilibre des intérêts en présence : 1er *Cas*: Possession de bonne foi simple : l'intérêt du possesseur est moins respectable que celui de son adversaire, il succombe ; 2e *Cas* : Possession de bonne foi avec juste titre : l'intérêt du possesseur devient plus respectable; si par suite d'une faute celui du propriétaire diminue, il lui deviendra supérieur : le possesseur l'emportera ; 3e *Cas* : Possession en vertu d'erreur commune : l'intérêt du possesseur est devenu plus respectable encore ; même sans qu'il y ait faute chez son adversaire, il sera toujours supérieur à l'intérêt de celui-ci. *Il aura donc le droit pour lui.*

produit le droit quand elle est *commune*. Nous n'avons nous-même, depuis le début de cette étude encore employé que cette expression.

Sans doute un qualificatif peut parfois être difficile à interpréter de façon très exacte. Il peut se faire surtout que l'interprète garde en fait quelque peine à décider si dans telle ou telle espèce qui lui est soumise il y a eu réellement cette erreur générale et très répandue qui, au sens strict du mot, doit constituer l'erreur commune. Mais, quelles que soient la finesse et la sagacité que le juge doive en certains cas manifester, il semble bien qu'il n'y ait au point de vue théorique, aucune difficulté vraiment sérieuse qui puisse l'embarrasser si l'adage doit conserver son sens très littéral.

Ainsi si ce qualificatif *commune* s'entend avec le sens qu'il paraît porter dans la maxime : d'une qualité de n'être point particulière à un seul homme mais d'appartenir à la fois au moins à plusieurs, peut-être même à la plupart si dès maintenant l'on veut indiquer des nuances possibles, on dira simplement : l'erreur fait le droit, quand elle est partagée par plusieurs ou par la plupart des hommes. Il ne resterait qu'à déterminer quel nombre de personnes doivent partager cette erreur pour qu'elle soit vraiment commune selon l'esprit de la maxime, ou encore qu'à rechercher si ce nombre doit être fixe ou s'il doit être au contraire relatif. Au point de vue théorique toutes les difficultés s'en tiendraient là. Le problème, problème d'arithmétique cette fois, se réduirait à une question de chiffres, ou de proportions. Faudrait-il tous les habitants d'un canton ou tous ceux d'un dé-

partement ? cela ne ferait qu'une différence d'unités. Au point de vue pratique il suffirait de faire de la statistique ou plus réellement encore, car en matière de droit il semble bien difficile d'opérer par recensement, il suffirait au juge du fait d'avoir assez le doigté et assez la délicatesse de sa fonction, pour décider d'après certaines manifestations extérieures d'opinion, d'après les témoignages de certaines personnes particulières, quelle est sur certains points la façon générale de penser, la façon commune d'entendre le Droit.

Une fois cette constatation faite de la communauté d'opinions et de leur généralité, ce qui était illégal deviendrait légal ; alors que l'erreur restait erreur, les erreurs deviendraient vérité ; ce ne serait que par la vertu du nombre, de la répétition, que l'erreur commune engendrerait le droit.

Il ne serait pas étonnant que ce soit pour avoir entendu la maxime de cette façon simple sans doute mais au fond brutale que Laurent s'en soit déclaré l'adversaire si acharné. L'univers entier partagerait-il une erreur, l'on ne devrait certainement pas pour cela dire que l'erreur est devenue vérité. Les millions d'hommes qui ont vécu avant Galilée croyaient bien que la terre était immobile et que les astres tournaient autour d'elle. Cela a-t-il empêché que ce fût la terre qui tourne ? C'est certainement de cette manière que M. Laurent raisonne quand il parle d'erreur commune. « Il n'y a rien de plus funeste, dit-il, que l'autorité que l'on attache à un fait lorsqu'il repose sur une erreur ; reconnaître à ce fait, « *quelque universel* » qu'il soit l'autorité du droit c'est détruire la

base de l'ordre moral. Tel est cependant le sens que l'on donne parfois à l'adage : « *Error...* » (1) telle n'est pourtant pas, cela est sûr, la façon dont les autres auteurs l'ont compris.

Aucun esprit raisonnable n'a jamais soutenu que deux ou plusieurs faussetés puissent faire une vérité. En collectivité comme individuellement elles restent des erreurs et M. Laurent a pris la maxime vraiment trop à la lettre. Si l'on a prétendu que l'erreur commune faisait le droit ce n'a jamais été qu'on ait voulu soutenir que par un étrange pouvoir de l addition, la multiplicité des erreurs particulières devait se métamorphoser en vérité générale.

Les auteurs de la maxime ont peut-être pêché par trop de concision. Mais voici de quelle façon ils l'entendaient sans aucun doute, de quelle façon on l'a toujours entendue après eux.

L'adage, nous aurons l'occasion de dire plus tard pourquoi, n'est jamais opposé que sous forme d'exception. C'est un moyen de défense. Il s'agit de conserver par lui une situation acquise et non d'en conquérir une que l'on ne détient pas encore. Or la personne attaquée n'invoque pas seulement pour sa défense le fait qu'il y a eu erreur communément partagée; elle invoque avant tout sa propre bonne foi, sa propre erreur. La bonne foi de droit commun ne suffit pas à rendre l'irrégularité commise excusable. Or, veut dire la maxime, si elle repose sur une erreur commune, si elle est causée par une erreur commune,

(1) LAURENT, *Principes*, 3e édition, 78. Capacité putative des témoins.

elle pourra pourtant servir alors d'excuse à celui qui l'invoquera. En ce sens seulement l'on veut dire que l'erreur commune fait le droit et on ne peut plus voir là une monstruosité juridique. Il n'y a pas négation du droit, remplacement du vrai par le faux, de la vérité par le mensonge. Il y a simplement extension de la théorie classique de la bonne foi, accroissement des effets qu'on lui fait d'ordinaire produire.

L'erreur commune, il ne faut pas en effet l'oublier, se ramène toujours à une erreur individuelle. C'est une bonne foi de nature spéciale, ayant une cause spéciale, mais c'est une bonne foi.

C'est en effet dans sa cause que réside la spécialité de cette erreur et sa caractéristique. On doit pour la connaître rechercher de quelles *causes* elle doit naître pour être productrice de Droit.

***

Il est intéressant sur ce point de suivre le développement historique des idées que les jurisconsultes se sont faites.

Le *processus* de leur évolution est vraiment curieux et son dernier terme permet une intelligence toute nouvelle et beaucoup plus large de notre maxime.

I. — Il est vraisemblable que pour les glossateurs au moins, la seule cause justificatrice de l'erreur individuelle, dans la mesure où l'entend l'adage « *Error communis...* » était d'après les termes mêmes avec lesquels s'exprimait cet adage et qui se sont perpétués : le fait que cette erreur était partagée par un très grand nombre. Quel nombre exact fallait-il ?

Il est peu probable qu'ils se soient jamais préoccupés du *quantum* nécessaire pour qu'il y ait erreur commune. Il y a là une question de pur fait que l'on laissait volontiers à la souveraine appréciation du juge. Il suffisait qu'il y ait eu effectivement sur le point en litige erreur d'un nombre considérable de personnes, constituant la majorité ou mieux encore la généralité. Les exemples datant de l'époque, supposent toujours une situation satisfaisant à cette condition. C'est un esclave qui a passé pour homme libre ; c'est un ecclésiastique minoré qui, aux yeux du public tout entier, a passé pour prêtre (1). Selon les expressions empruntées à une constitution d'Adrien il y a erreur commune justificatrice quand cette erreur résulte de l'*omnium consensus*, quand donc le fait erroné est une croyance acceptée par tous (2). Dans Cochin encore, cette conception se retrouve quand il déclare que « tout ce qui a été fait sur le fondement d'une erreur *publique* a la même force que si la vérité même et la règle en étaient le principe (3)».

La généralité, le nombre des erreurs, excuse donc l'erreur particulière. Il suffit que le nombre existe (4).

II. — On ne tarda pas à trouver que c'était là une garantie insuffisante. La masse, pensa-t-on peut-être, est composée surtout d'ignorants. Dans tous les cas

(1) MERLIN, Répertoire, V° *Erreur* VI.

(2) L. I, *Code de Testam.*, L. VI, t. 23 — § 7 *de test. ord.*, L. II, t. X, Institutes.

(3) COCHIN, *op. cit.*, III, p. 708.

(4) FURGOLE, *Traité des Testaments*, chap. 3, sect. I, n° 7.

l'imagination populaire est toujours pleine de fantaisie et, tant la foule, qui est pourtant le nombre et la généralité, se fait des idées de toutes choses facilement fausses et dénature aisément en toute matière la vérité (1), il serait sans doute dangereux de donner aux croyances plus ou moins fondées de cette foule une portée qu'elles ne doivent pas avoir, en permettant qu'elles servent de titre contre le droit. Aussi fut-on plus exigeant et il fut admis que l'erreur devait être non seulement *communément* partagée, mais encore que cette erreur commune devait être elle-même *excusable*.

Un passage de Pothier avait inspiré peut-être cette exigence nouvelle. « Lorsque le public, disait-il (2), a eu un *juste* sujet de croire, il y a lieu d'appliquer la maxime des interprètes : « *Error communis...* » et il faisait ainsi entrer en considération un nouvel élément qui est comme le juste titre de l'erreur commune.

Les premiers commentateurs du Code adoptèrent du moins cette théorie. « Toute une ville, écrit Merlin (3), aura beau croire que tel homme qui exerce une fonction publique en a été légalement investi ; s'il n'y a pas été nommé par l'autorité compétente, ni sa possession, ni l'erreur commune ne valideront les actes qu'il aura faits en sa qualité apocryphe. L'acte de l'autorité compétente est un *titre coloré* qui excuse et justifie l'erreur commune ». Toullier partageait son avis. Mais selon les procédés de l'épo-

(1) T. Clément, *op. cit.*
(2) Pothier, *Traité de la Puissance Maritale*, 2e partie n° 28.
(3) Merlin, Répertoire, V° *Témoins testamentaires* § 2 n° 3.

que ils cherchèrent la justification de leur thèse dans les textes romains.

Or dans la Loi 3 *Dig.* t. XIV où l'esclave Barbarius Philippus a été élevé à la préture, comme dans la L. 2 Code *de Sent. et interl.* L. VII L. XLV, qui vise le cas où un esclave passant pour homme libre a été désigné comme arbitre par le magistrat, l'erreur publique avait eu pour cause un acte officiel de l'autorité. Barbarius Philippus avait été régulièrement nommé préteur par le peuple, l'esclave nommé arbitre l'avait été régulièrement aussi par le magistrat auquel appartenait ce pouvoir. Dans les deux cas l'autorité publique avait donné l'investiture.

Merlin comme Toullier en déduisirent que l'erreur commune ne devait jamais être productrice de droit que si elle avait elle-même pour cause un acte de l'autorité compétente formant ce qu'ils appelèrent un *titre coloré*. C'est ainsi que les actes passés devant un notaire incompétent, les jugements rendus par un juge incapable, ne devaient être validés que si la fausse croyance du public à cette compétence ou à cette capacité reposait sur un décret d'investiture ou de nomination formant titre régulier. Etendant même la règle par analogie on décida que la capacité putative des témoins instrumentaires « n'équipollerait » à leur capacité réelle que si elle était fondée sur des actes ayant un certain caractère officiel : pièces administratives constatant ou faisant supposer la qualité de français, actes d'état civil trompant sur l'âge (1).

(1) Valabrègue, *op. cit.* p. 49.

Cette exigence d'un titre coloré arrivait à produire des résultats regrettables.

Sans doute, dans la grande majorité des hypothèses, l'erreur commune, surtout si elle s'est prolongée pendant un temps assez long, aura sa source ou pour le moins pourra se justifier par quelque acte administratif ou officiel. On conçoit mal qu'un juge ou qu'un notaire puisse passer pour posséder valablement sa qualité s'il n'a pas été effectivement nommé par les pouvoirs compétents. De même il arrivera souvent qu'un individu n'aura paru être le véritable héritier dans une succession que parce qu'un acte officiel de décès constatait la mort d'un parent plus proche. Il sera rare en tout cas, si sa situation d'héritier apparent a été quelque peu durable, qu'elle n'ait été confirmée par aucun acte d'une autorité publique : il y aura eu des jugements prononcés à son profit et relatifs à la reconnaissance des droits successoraux, il y aura eu au moins paiement de droits à l'enregistrement, et paiement d'impôts à raison des immeubles hérités.

Il peut pourtant se présenter des cas où l'erreur, quoique très excusable, ne repose vraiment sur aucun titre coloré. C'est un enfant naturel dont on ignorait l'existence et qui se présente tout à coup à la succession de son père ou de sa mère, valablement reconnu par eux, primant le collatéral éloigné qui avait recueilli l'hérédité. L'espèce suivante s'est aussi présentée. Un individu avait par testament notarié disposé de sa fortune, léguant toutefois une somme de 60 francs à chacun de ses filleuls. Ce testateur avait, paraît-il, tenu un si grand nombre d'en-

fants sur les fonts baptismaux que ses filleuls ne pouvaient être tous connus. Il arriva que, malgré toutes les précautions prises par le notaire, un des témoins testamentaires se trouva cousin de l'un des filleuls. La présence de ce témoin, parent de l'un des légataires, devait-elle faire annuler le testament? Dans la pratique des faits, faudra-t-il que le notaire se procure la preuve absolue que les témoins qui assistent à ses actes ont l'âge requis par la loi ou n'ont pas avec les parties le degré de parenté prohibé ? A la rigueur, quelles que soient les complications qui puissent en résulter, il pourrait, quant à la première preuve à faire, l'obtenir en exigeant la production des actes de naissance ; mais il serait véritablement impossible d'obtenir sur la parenté la preuve absolue qu'il cherche. Pratiquement, il est d'usage de s'en rapporter aux déclarations mêmes des témoins, ne les contrôlant pas et se fiant entièrement à elles tant qu'elles sont conformes à leur possession d'état paisible et publique. Il y aurait danger que les fonctions du notariat ne devinssent impossibles si l'on rompait avec cet usage.

La nécessité d'un titre coloré serait donc une menace pour la vie juridique. Aussi des auteurs refusant d'accepter les résultats rigoureux qu'entraînerait la doctrine de Merlin, n'ont pas hésité à étendre le bénéfice de la maxime même quand l'erreur ne pouvait s'appuyer sur aucun titre officiel.

M. Valabrègue, qui est un de ces libéraux, a voulu cependant trouver à son opinion, une base légale : il prétend la découvrir dans le célèbre avis du Conseil d'Etat de 1807. Les secrétaires de mairie, remar-

qua-t-il (1), n'avaient été investis par aucune autorité publique du droit de conférer par leur signature l'authenticité aux extraits qu'ils délivraient. La croyance commune qui leur attribuait une telle capacité ne pouvait s'autoriser d'aucun acte administratif. Les secrétaires de mairie avaient agi sans plus de droit qu'un secrétaire général de préfecture qui aurait rendu des arrêtés préfectoraux. Si cependant le pouvoir législatif représenté par le Conseil d'Etat reconnaît en vertu de la maxime : « *Error communis...* » l'authenticité des actes délivrés par ces secrétaires de mairie, c'est donc qu'un *titre coloré* n'est point nécessaire pour que cette maxime puisse s'appliquer.

Cette argumentation de texte a été contestée, et avec quelque raison croyons-nous, par M. Huc. Sans doute on ne peut pas dire qu'aucun acte officiel ait formellement attribué ou reconnu aux secrétaires de mairie ce pouvoir d'authentiquer les extraits portant leur signature, qu'aucune loi ne leur avait conféré. Il n'y a ni décret, ni jugement qui l'ait admis. Ces secrétaires tiennent pourtant leur qualité d'un pouvoir public. Ils sont nommés par arrêté municipal. Ils sont donc un organe administratif, émanés d'une autorité publique, participant eux-mêmes à raison de cette émanation du caractère officiel et public, et l'on peut soutenir que le titre coloré pouvant justifier l'erreur commune sur leur capacité, réside dans ce fait même, que c'est eux, personnages ayant caractère officiel, qui se sont attribué la capacité d'authentiquer les actes. L'espèce prévue par l'avis du

(1) Valabrègue, *op. cit.* p. 49 et s.

Conseil d'Etat est donc semblable dans le fond à celle où la doctrine du titre coloré admettait l'application de la maxime « *Error communis...* » et ne peut être opposée à cette doctrine (1).

Cette doctrine résiste-t-elle mieux à la critique qu'en a aussi faite, quoique dans une vue différente, M. Laurent (2) ?

Même quand l'erreur commune repose sur un acte de l'autorité publique, cette erreur, dit-il, n'est pas justifiée. Il s'agissait, en l'espèce, d'apprécier la valeur que l'on devait reconnaître aux actes passés devant un notaire, étranger sans qu'on le sache. Comme toujours il raisonne strictement. Pour qu'un notaire opère valablement, une loi formelle, dit-il, exige qu'il ait la qualité de Français. Seule une loi pourrait supprimer cette condition. Le Président de la République, ou le gouvernement d'une façon plus générale, n'ayant aucune capacité législative, l'investiture notariale, qu'il a donnée à un étranger, reste sans effet. Le gouvernement, pouvoir exécutif, n'a d'autre rôle que de faire observer les lois, il n'a pas qualité pour dégager qui que ce soit de leur observation.

Si les partisans de la doctrine du titre coloré avaient conçu sous le même jour que M. Laurent, l'effet que devait produire sur l'erreur commune la présence de cette sorte d'approbation officielle qu'ils exigent, il est certain que l'argumentation produite serait très puissante contre eux. S'ils n'exigeaient un acte colorant de l'*autorité publique*, que dans la pensée que

(1) Huc, *Dr. Civil*, T. V. n° 270.
(2) Laurent, *Principes*, T. 19, n° 107.

cette autorité avait, par cela seulement que publique, capacité pour couvrir les irrégularités commises, ils auraient incontestablement tort. Les divers pouvoirs n'ont en réalité de puissance efficace ou légitime que dans leur sphère d'attributions et si l'on raisonnait, comme le suppose M. Laurent, l'on se trouverait en présence du dilemme suivant : ou bien l'irrégularité commise en conséquence de l'erreur commune serait couverte par l'autorité qui a compétence pour modifier la règle elle-même et ce serait alors, quoiqu'il est vrai en considération peut-être de l'erreur commune, par le seul effet de cet acte de l'autorité que le vice produit par l'irrégularité disparaîtrait ; l'erreur commune n'agirait qu'indirectement, serait motif mais non cause, on ne pourrait donc dire qu'elle fait le droit ; ou bien l'irrégularité reposerait sur l'acte d'une autorité publique mais n'ayant pas pouvoir de modifier la règle et alors la présence de cet acte ne devrait augmenter en rien l'efficacité de l'erreur commune, qui, si elle couvrait le vice existant, le couvrirait seule et par sa seule vertu. En un mot ou bien le titre coloré ferait tout à lui seul ou bien il ne ferait rien.

Il en serait ainsi si l'on raisonnait comme pense M. Laurent.

Mais c'est en réalité à un tout autre point de vue que l'on se place quand on prétend que l'erreur commune doit, pour produire effet, résulter d'un titre coloré.

III. — Une troisième phase a été suivie par l'évolution juridique relative aux causes dont devait déri-

ver l'erreur commune pour être efficace. De l'examen de la jurisprudence on peut dégager en même temps que la preuve d'une conception plus large de la maxime à ce point de vue, la véritable raison pour laquelle Merlin, Toullier et leurs partisans exigeaient la présence d'un acte d'investiture publique.

Les tribunaux, la Cour de Cassation notamment, adoptent dans leurs décisions la doctrine suivante : l'erreur commune produira le droit toutes les fois que cette erreur proviendra de causes telles que ces causes la rendaient obligatoire et nécessaire. L'erreur commune est suffisante pour couvrir les irrégularités commises quand les parties n'ont pu ni prévoir ni empêcher ces irrégularités (1). Il faut pour employer l'expression même de quelques arrêts que l'erreur ait *été invinciblement produite*. C'est ainsi que la Cour de Cassation déclare valider les actes d'aliénation faits par un héritier apparent parce qu'il y avait eu « erreur commune et invincible des tiers (2) », qu'elle valide aussi les hypothèques consenties sur les immeubles successoraux par un autre héritier putatif, parce que « les divers créanciers ont traité de bonne foi sous l'empire de l'erreur commune invinciblement produite et contre laquelle aucune prudence humaine ne pouvait les prémunir » (3).

Voilà trouvée la raison déterminante des adeptes du titre coloré. Si, pour dire que l'erreur commune

(1) S. 1847. 2. 441. — S. 1861. 2. 265. — S. 1873. 2. 258. — S. 1873. 2. 259. — S. 1874. 1. 471. — S. 1874. 2. 137. — S. 1875. 1. 254. — S. 1883. 1. 459.

(2) D. 1900. 1. 33.

(3) D. 77. 1. 429.

fait le droit, ils exigent que cette erreur ait sa source et sa cause dans un acte de l'autorité publique, c'est qu'ils estiment que, seule, la présence de cet acte, a exercé sur les consciences trompées une influence assez forte pour avoir pu, malgré elles, déterminer leurs croyances erronées sans leur laisser la possibilité d'en contester la légitimité. D'après eux, c'est dans le seul cas où l'erreur commune aura reçu une consécration *officielle* qu'elle aura été invinciblement produite. Très vraisemblablement, quoiqu'inconsciemment peut-être, ils ont admis le même principe initial que la jurisprudence actuelle. Leur manière de voir ne diffère que par une question d'appréciation, de mesure, de plus ou de moins seulement.

Tandis en effet que Merlin ne voyait qu'une seule cause, le titre coloré, qui pût influer assez puissamment sur les esprits, pour produire une erreur invincible, les tribunaux se montrent plus généreux et ne limitent pas aussi étroitement que lui les cas où la maxime : « *Error communis*... » peut être appliquée. Ils n'admettent plus que l'erreur ne puisse résulter efficacement que d'une cause revêtue d'un caractère officiel : tout, selon les conceptions actuelles de nos magistrats, doit se réduire à une question de fait.

L'interprète doit seulement se demander si, dans l'espèce qui lui est soumise, l'erreur était vraiment nécessaire, si elle était vraiment invincible. Cette nécessité, cette invincibilité pourront résulter, c'est là le principe nouveau, de toutes causes sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient *a priori* au moins rien d'officiel.

Cette jurisprudence est au fond conforme à la doc-

trine même de Pothier, qui comme nous l'avons vu déjà, admettait l'application de la maxime toutes les fois que le public avait eu « un juste sujet » de croire. Elle a incontestablement pour avantage d'être plus douce et plus équitable que la théorie de Merlin. Dans ces hypothèses citées, d'un acheteur de bonne foi menacé par la survenance d'un héritier qu'il ne pouvait prévoir, ou d'un acte notarié menacé de nullité pour la présence d'un témoin dont on ne pouvait raisonnablement deviner l'incapacité, l'erreur commune sera déclarée recevable et la vraie justice sera ainsi certainement mieux observée.

Le principe adopté par les tribunaux a pourtant cette grave faiblesse que l'on retrouve toutes les fois que supprimant les données objectives on laisse à l'interprète le soin de déterminer le droit. Autant il y aura de juges, autant aussi il pourra se rencontrer de façons différentes d'apprécier les choses. Dans telle hypothèse où l'un d'eux a admis qu'il y avait erreur commune invincible, un autre pourra juger que l'erreur pouvait se prévoir. La reconnaissance du droit étant livrée à la libre appréciation de chacun, la théorie très large de la jurisprudence mérite ces reproches, dont la gravité a toujours causé aux jurisconsultes quelque effroi, de laisser place à l'arbitraire, de priver la justice d'une fixité absolue et de faire une part plus grande encore à la relativité du subjectivisme quand on s'efforce partout de supprimer la contingence du Droit.

Ces critiques, si elles-mêmes sont peut-être critiquables comme dénotant un dangereux défaut de sens pratique chez leurs auteurs, sont d'autant plus inté-

ressantes à signaler que la plupart des auteurs modernes les ont senties.

IV. — Visiblement ces auteurs ont fait effort pour en atténuer la portée, en déterminant de façon sans doute plus large que les partisans du titre coloré, mais moins précise pourtant que la jurisprudence, les cas dans lesquels l'on peut dire qu'il y a erreur commune invincible.

Leurs tentatives ont été plus ou moins heureuses. A raison même de la liberté que chacun, malgré ses déclarations de principe sur l'unité et la fixité indispensables en droit, s'empresse de s'octroyer généreusement à lui-même pour présenter le seul système vrai, le sien, l'on se trouve en présence de toute une gamme d'opinions, d'une agréable sinon féconde variété.

M. Valabrègue (1), décide que l'erreur doit être d'abord *générale* et qu'elle doit être ensuite « au moins *à peu près invincible* ». Il reconnaît sur ce point aux tribunaux un pouvoir souverain d'appréciation. Et comme ce libéralisme lui semble excessif, il tâche par ailleurs de le corriger. Ce qu'il faut entendre par « erreur à peu près invincible » ce n'est point celle qui, d'une façon absolue, n'aurait pas pu être évitée, par aucun moyen même surhumain ; c'est seulement celle qui est « de nature à faire illusion à l'*esprit le plus clairvoyant* et que l'on n'a pu éviter en s'entourant de tous les moyens d'investigation dont on devait *humainement* s'entourer (2). Un autre auteur, M. Gal-

(1) Valabrègue, *op. cit.*, p. 63.

(2) Valabrègue, *eod. loc.*, p. 31.

land (1) est peut-être moins tolérant: « l'erreur sera inévitable quand *les plus prudents et les plus habiles* auront pu y tomber ». Enfin selon Favard de Langlade, l'erreur invincible sera « l'erreur commise par un *très grand nombre de personnes attentives et intelligentes* (2). »

En fait ces définitions n'ajoutent, il faut bien le reconnaître, aucune précision à la doctrine de la jurisprudence. Pourra-t-on jamais dire, plus qu'on ne l'a pu, à propos du bon père de famille dans la théorie traditionnelle de la faute, quand est-ce qu'un homme est comme l'esprit le plus clairvoyant, le plus prudent ou le plus habile ? Quand est-ce qu'il a agi comme le plus attentif où le plus intelligent ? Où trouvera-t-on le criterium absolu de l'habileté ou de la clairvoyance ? Autant d'interprètes, autant aussi il y aura de manières de voir et de comprendre différentes.

Si elle n'est pas plus exacte, on ne peut pas nier cependant que le rédacteur du *Journal du Palais* (3) n'ait donné une définition plus objective des causes de l'erreur commune. Selon lui, elle crée le droit « quand un fait faux, mais ayant toutes les apparences de la vérité a été *longtemps* regardé comme vrai par un *grand nombre* de personnes. » L'erreur commune ne fait le droit que si elle est durable. Il faut non seulement le *nombre* mais encore le *temps*. Cela revient à exiger un élément de plus que ne le fait la maxime d'après ses termes mêmes.

(1) Galland, *Théorie de l'Erreur*. Thèse. Paris 1852, p. 17.

(2) Favard de Langlade, *Répertoire*, V° *Erreur*.

(3) Journal du Palais, *Répertoire général*, V° *Erreur commune*.

Mais au fond des choses, il faut avouer que tout ceci est vain ou purement arbitraire. Il est reconnu que l'erreur commune doit être invincible pour produire le droit. Si dans telle ou telle espèce déterminée il est légitime d'exiger pour admettre que cette invincibilité ait été réelle, qu'elle ait été partagée par un grand nombre de personnes, qu'elle se soit perpétuée pendant de longues années, qu'elle ait été formellement consacrée ou en apparence au moins partagée par l'autorité administrative ou officielle, si ces exigences sont dans des cas particuliers parfaitement justifiées, a-t-on cependant le droit de les ériger en principe et de prétendre en faire en toute hypothèse les conditions essentielles d'efficacité de l'erreur commune ?

***

De cet examen de la jurisprudence et de la doctrine on peut cependant dégager cette conception nouvelle, qui donnant de la maxime « *Error communis facit jus* » une interprétation différente, la rend plus originale et aussi d'un plus grand intérêt.

Les tribunaux et la majorité des auteurs admettent, on l'a vu, en application de l'adage latin, que l'erreur commune invincible produit le droit. A notre avis ils commettent là un véritable contre-sens juridique.

Ce n'est pas l'erreur *commune* invincible qui produit le droit, c'est seulement l'erreur *individuelle* qui en est résultée. Et il n'y a pas là qu'une pure querelle de mots.

Il y a extension remarquable donnée au rôle de la *bonne foi*. Il y a mise en lumière de ce principe

nouveau : que *la bonne foi quand elle est invincible doit engendrer le droit*. Plus pratiquement, l'erreur, quand elle aura été inévitable, telle que celui qui l'a commise n'aurait pu s'en garder, constituera une exception péremptoire. Elle permettra de maintenir la validité des actes accomplis à cause d'elle. Il y aura donc une nouvelle règle, très protectrice des activités, très favorable à la vie sociale, car à ceux qui agissent, elle évitera certains risques dont la menace aurait pu faire hésiter leur action, peut-être l'entraver.

Certains auteurs, à n'en pas douter, réserveront à cette idée un médiocre accueil. Ne pourront-ils pas en effet lui opposer *les textes ?* Laurent paraît avoir par avance voulu le faire. En soutenant la nullité des actes de disposition accomplis par l'héritier apparent, il faisait, nous l'avons déjà dit, valoir cet argument : que la bonne foi des acquéreurs ne peut produire plus d'effets que ceux que la loi lui reconnaît formellement ; or l'on sait que, d'après la loi, la prescription exige dans la plupart des cas au moins une possession prolongée. Mais justice a déjà été faite de ce mode de raisonner. La loi, que Joseph de Maistre appelait « une déclaration de volonté » ne peut être légitimement étendue au delà de la sphère que le législateur a vraisemblablement voulu lui faire régir. Il est certain qu'en matière de prescription c'est de la bonne foi toute simple qu'il s'agit et non de cette sorte particulière, qualifiée d'*erreur commune*, dont il est ici question. Il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code de 1804 n'ont jamais eu la pensée que la bonne foi pouvait jouer un rôle tel

que celui que nous proposons de lui attribuer. Les textes sont tout entiers étrangers à notre matière et il serait complètement arbitraire de vouloir les invoquer contre notre opinion comme aussi bien en faveur d'elle.

Certains auteurs (1), d'esprit plus large que Laurent, ont en effet voulu aussi tirer argument de la loi pour prouver la légitimité de l'erreur commune. Ils énumèrent les articles 2265 et 2279 relatifs à la prescription par la bonne foi, les articles 549 et 550 qui traitent de l'acquisition des fruits, ils citent toutes les dispositions favorables à la bonne foi contenues dans les chapitres du Mariage et des Contrats, ils font remarquer que l'acquéreur de la chose d'autrui vendue en justice reste valablement propriétaire, et par analogie, ils prétendent que l'on doit étendre à l'erreur commune ces bons traitements. Incontestablement il y a chez eux désir manifeste de respecter l'équité, mais la méthode reste critiquable. La bonne foi a toujours joui de certaines faveurs : elle restreint les obligations, concourt même dans une certaine mesure à l'acquisition des droits ; mais on aurait sans doute fort étonné Portalis et ses collègues si on leur avait soutenu qu'ils admettaient une bonne foi créatrice de droits par elle-même et indépendamment de

(1) DURANTON, *Cours de Droit Français*, 4e édition, Paris 1844, I. p. 480. — VALABRÈGUE, *op. cit.* p. 39 et s. — M. CARETTE (note sous S. 36-2-289) tire argument des articles 1380 et 1935 qui limitent à la simple restitution du prix ou à la cession de ses droits contre l'acquéreur, les obligations de celui qui a vendu la chose d'autrui. Ainsi la vente est maintenue quoiqu'il y ait eu vente de la chose d'autrui. Les tiers de bonne foi sont protégés.

tout élément étranger. L'analogie est ici aussi reprochable que l'argument *a contrario*.

A moins pourtant que comme M. Gény (1) on ne la borne pas à la stricte interprétation des textes. Si l'on admet qu'elle autorise l'interprète à étendre le texte légal selon la formule « *Ubi eadem ratio, idem jus* » on pourrait en effet dire à la rigueur, que l'article 1382 du Code civil permet de reconnaître à l'erreur invincible l'efficacité que nous concevons pour elle. Cet article établit le principe de la responsabilité délictuelle : on est responsable de tout dommage causé par son fait illicite, sa faute. *A contrario*, on n'est pas responsable quand le dommage est causé par un fait licite. On a beaucoup discuté pour déterminer les conditions que devait présenter un acte pour conserver sa licéité. Mais une des dernières formules, celle que donne M. Lévy, n'est-elle pas la justification de la théorie que nous proposons? Nous avons indiqué déjà cette formule, à propos du fondement de notre adage : « Dans la mesure, dit-elle, où pour agir nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes nous ne sommes pas responsables envers autrui » nous avons agi conformément au droit. Nous conserverons donc ce droit. En d'autres termes la confiance *nécessaire* est la confiance légitime, celle qui donne le droit. N'est-ce pas précisément là le sens que nous entendons donner à la maxime : L'erreur *nécessaire*, croyance, confiance nécessaire, donne le droit, fait le droit ?

L'idée nouvelle que nous présentons, ainsi ratta-

(1) Gény, *op. cit.*, n° 107.

chée à des théories déjà connues et admises, il nous paraît inutile d'en poursuivre le développement. On ne discute plus l'efficacité de la confiance nécessaire, on ne doit pas discuter davantage l'efficacité de l'erreur nécessaire, invincible.

***

Reste à préciser maintenant à quelles conditions on pourra dire d'une erreur qu'elle était *nécessaire*.

Une réponse absolue est certainement impossible : elle dépendra uniquement des faits. Essayons pourtant de prédire les probabilités.

On peut d'abord prévoir la légitimité de l'erreur quand portant sur un fait, la fausseté de ce fait aura été pratiquement impossible à découvrir. On tiendra compte des *usages courants* pour savoir si réellement il y avait impossibilité d'éviter l'erreur. Certaines erreurs excusables à une époque peuvent en effet ne plus l'être à une autre, à cause d'un changement dans les situations. Ainsi dans l'ancien Droit, si un notaire avait instrumenté hors de la circonscription territoriale dans laquelle il avait compétence, on n'aurait sans doute pas pour cela prononcé la nullité des actes passés devant lui : les arrondissements n'étant pas alors nettement délimités, il aurait été injuste de laisser les tiers souffrir de cet état d'incertitude qu'ils ne pouvaient vaincre. Mais aujourd'hui, l'art. 5 de la loi de Ventôse an XI détermine exactement l'étendue des circonscriptions notariales et l'acte passé dans ces conditions devrait peut-être être annulé (1). D'une manière générale, on tiendra compte en tout

(1) VALABRÈGUE, *op. cit.* p. 47.

cas de la *publicité* qui a entouré l'erreur. Cette publicité, dont on a déjà signalé l'importance dans le Droit (1), jouera ici un rôle considérable. Elle sera généralement en raison directe de l'excusabilité : plus une croyance aura été conforme aux croyances publiques, plus elle sera légitime. Par contre on peut prévoir que cette publicité, qui augmente, quand elle la produit, la légitimité de l'erreur, rendra en même temps cette erreur moins fréquente et plus difficile : plus la vérité trouvera de voies pour se manifester, moins elle sera facile à méconnaître, plus l'erreur sera malaisée.

A raison du rôle considérable et de l'influence énorme qu'exercent dans nos mœurs les actes des *pouvoirs publics*, on peut prédire aussi la légitimité de l'erreur quand elle aura été partagée par ces pouvoirs, quand en un mot il y aura titre coloré, au sens donné par Merlin.

Mais ne faut-il pas aller plus loin encore et dire que l'erreur sera légitime toutes les fois qu'elle pourra s'appuyer sur une *doctrine* bien établie ou sur une longue *jurisprudence* ? La réponse est ici d'autant plus difficile à pronostiquer qu'elle touche à une question en pleine controverse actuellement encore.

La discussion est née à propos de la Coutume.

Alors que jusqu'à ces dernières années, la doctrine française, adoptant pour devise le mot célèbre de Bugnet, considérait en droit civil le Code Napoléon comme l'unique source possible, aujourd'hui, soit qu'inconsciemment on subisse le besoin d'échapper à

(1) Lévy, *Preuve par titre du Droit de Propriété*, *op. cit.* p. 66.

ce Code trop vieux, soit que les travaux d'analyse de l'école historique aient mieux informé les esprits, des tendances nouvelles se sont fait jour, selon lesquelles les interprètes, les « experts en droit » comme les baptise très heureusement M. Lambert, ne se bornant plus à tirer leurs convictions de l'étude exégétique des textes, osent encore puiser leurs opinions en dehors de la Loi. La Coutume est le principal de ces nouveaux éléments de direction.

On est encore loin de s'entendre sur l'autorité qu'il convient exactement de lui reconnaître. Surtout quand elle se trouve en conflit avec la Loi, plusieurs auteurs plus timorés ne veulent pas concevoir qu'on en accepte l'application. Mais ce n'est pas ce qui, actuellement, nous importe. Il s'agit, en effet, de savoir maintenant non pas quel est le rôle que nos juges actuels reconnaîtront à la Coutume, quelle autorité, mais seulement de prévoir quand est-ce qu'ils admettront qu'il y a coutume. Or ici déjà il y a des dissentiments : on ne peut précisément s'entendre sur la part que doit prendre la *jurisprudence* à l'édification de la Coutume. La pratique judiciaire constitue-t-elle une Coutume ?

Le cadre trop étroit de ce travail ne nous permet certainement pas de suivre tout le développement donné à cette question par l'ouvrage si complet de M. Lambert (1). Il faudrait citer le livre en entier et nous renvoyons les curieux à ce livre.

Les conclusions seules nous retiendront, car M. Lambert a sur ce point des idées qui lui sont propres.

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 107 à 804.

Il combat la traditionnelle conception issue des influences combinées des droits romain et canon : conception par conséquent romano-canonique.

Selon cette thèse romano-canonique il faut pour qu'il y ait coutume, la réunion de deux éléments : un premier interne et psychologique, un second externe et matériel.

Quant à l'élément psychologique on en fait varier les définitions. Les romanistes, les posglossateurs et pandectistes, le faisaient consister dans le *tacitus consensus populi*, assentiment, acte de volonté du peuple ; les adeptes de l'école historique, dans la *conscience collective*, croyance, acte de foi de la collectivité. Pour M. Gény enfin, c'est l'*opinio juris vel necessitatis* existant chez les intéressés.

L'élément externe consiste pour tous en un long et constant usage. « La Coutume, écrit M. Gény, est un ensemble de faits révélant un sentiment juridique. »

Pour M. Lambert toutes ces conceptions sont inacceptables. Elles sont toutes fausses parce qu'elles reposent toutes sur des fictions et se trouvent contraires à la vérité historique. Il n'y a en réalité de Coutume que par la *consécration judiciaire* et il y a Coutume aussitôt qu'il y a consécration judiciaire.

M. Lambert a prouvé de façon historique sinon pleinement convaincante la fausseté de la théorie romano-canonique. Mais à son tour, M. Cézar-Bru, qui a analysé les idées de l'éminent professeur de Lyon, fait ressortir une double faiblesse de ces idées. Les deux principes dans lesquels elles se résument sont en effet tous deux inexacts. Pour qu'il y

ait coutume il faut, prétend M. Lambert, qu'il y ait consécration judiciaire ; or, objecte M. Cézar-Bru (1), il y a des pratiques certainement coutumières, comme la cautèle qui modifiant l'article 1213 du Code civil déclare que la dette solidaire se divise de plein droit entre les héritiers, qui ne sont même pas susceptibles de consécration judiciaire. Quelquefois même il y a Coutume créée malgré une jurisprudence contraire : ainsi celle en vertu de laquelle, avant la loi du 19 février 1889, tous les actes constitutifs d'hypothèque contenaient délégation au profit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance payable en cas de sinistre. M. Gény s'était sans doute aussi laissé toucher par ces considérations, car il refusait déjà de voir dans la jurisprudence, non pas seulement l'unique source coutumière, mais même une source coutumière possible. Cette jurisprudence peut sans doute « servir de base ferme à des usages qui, moyennant le double élément précisé ci-dessus, devront être tenus pour des coutumes obligatoires et s'imposant à l'interprète », mais « elle ne peut constituer à elle seule la Coutume parce qu'il lui manque cet usage des intéressés qui forment le *substratum* essentiel de celle-ci ».

A notre avis toutes ces dissidences ne se produiraient pas si tout le monde se plaçait uniquement en face des réalités, de ce qui est. En fait, en effet, comment les choses se passent-elles ? Par quelles considérations l'interprète se décide-t-il ? car en matière de droit tout est arbitraire, hormis, à notre avis, la psychologie du juge.

(1) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 347 et s

Le juge se décide toujours d'après ce qu'il *croit* être l'utilité sociale. Pour découvrir cette utilité sociale il interroge d'abord la loi. Les textes contiennent pour lui des présomptions d'utilité. Ainsi, pour reprendre l'exemple déjà fourni, si un créancier solidaire invoque devant lui l'indivisibilité de sa créance contre les héritiers d'un de ses débiteurs primitifs, le juge, avant tout, consultera les textes et voyant qu'en vertu de l'art. 1213 du Code civ. la créance est divisible, il sera tenté de repousser la prétention du demandeur. Si celui-ci lui expose toutefois, non pas comme paraît le dire M. Cézar-Bru une clause formelle d'indivisibilité, car il y aurait alors application du principe de l'art. 1223, ce qui n'aurait à faire entrer en ligne de compte aucune considération coutumière, mais si ce créancier lui objecte que, *selon une pratique extrajudiciaire* très établie, jamais la solidarité n'est consentie sans que la créance ne soit aussi indivisible, que *selon un usage* qu'il a toujours vu pratiquer et dont il offre d'ailleurs de prouver l'existence, il ne pouvait croire que la stipulation de solidarité n'entraînait pas accessoirement aussi celle d'indivisibilité, le juge à notre avis, question de preuve réservée, verra dans la croyance du demandeur une croyance légitime, légitime parce que nécessaire, parce que fondée sur une pratique, un usage constant. Si déjà une décision judiciaire est intervenue qui a admis une demande pareille, incontestablement la croyance du demandeur actuel n'en sera que plus légitime ; mais le juge sans qu'un précédent ait été créé déjà, n'hésitera pas selon nous à admettre, bien que par la maladresse d'un notaire une clause spé-

ciale d'indivisibilité n'ait pas été stipulée dans le titre de la créance, que cette créance est tout de même indivisible. Il y a utilité sociale à ce que les croyances nécessaires des hommes soient respectées. L'usage constant, la pratique continuelle, sont de nature à rendre une erreur inévitable, invincible. Indirectement donc cet usage fera le droit.

Indirectement aussi la jurisprudence pourra le faire, parce que la vue pour un particulier d'une série de décisions rendues en un même sens est, elle aussi, de nature à rendre sa croyance invincible. C'est ainsi qu'en matière d'administration légale du père, le juge devrait tenir compte des décisions rendues sur ce point par les tribunaux, pour légitimer les actes accomplis en conformité de cette jurisprudence, même si comme de nos jours un usage constant ne s'était pas établi en harmonie avec ces décisions. Une illustration moins hypothétique pourrait être puisée dans le droit des personnes. En conformité d'une jurisprudence bien établie, précédée il est vrai peut-être d'une pratique extrajudiciaire, mais en tout cas aujourd'hui très réelle elle-même, les mères d'enfants naturels croient que la seule indication par les déclarants de leur nom dans l'acte de naissance de l'enfant vaut reconnaissance de leur part. Il y a certainement en cela interprétation vicieuse de la loi. Et cependant à cause de la croyance rendue invincible, tant par l'usage que par la jurisprudence même, il n'est pas douteux qu'un juge reconnaîtrait, comme elle a déjà été reconnue, la validité de cette reconnaissance. Ce fait qu'une série de décisions judiciaires a admis cette manière de

voir contribuerait certainement à rendre recevable l'action en réclamation d'état fondée sur ce moyen. La Jurisprudence est donc un élément de création de la Coutume. Mais alors dira M. Saleilles, les tribunaux vont se trouver liés par leur propre manière de voir ; n'est-ce pas là une conséquence « vraiment troublante » (1)? Ce résultat n'est en réalité pas à craindre. Le juge, nous l'avons dit, ne fonde sa décision qu'indirectement sur la jurisprudence. Il décide, non parce que la jurisprudence a été telle, mais parce que l'existence de cette jurisprudence a entraîné la conviction inévitable de la partie qui l'invoque. Si en vertu de l'évolution juridique, le but qui motivait la décision fondamentale n'inspire plus le juge avec la même force, il pourra parfaitement modifier l'interprétation primitive du droit, sauf seulement à respecter les *actes accomplis* en foi de la jurisprudence antérieure. Si donc il se trouve en présence d'un tel acte, à moins que des nouveaux motifs d'utilité sociale ne soient très puissants, il déclarera cet acte légitime, se bornant à accompagner sa décision de telles réserves qu'à l'avenir on ne pourra lui accorder le même crédit qu'aux précédentes. Un exemple : par suite d'une interprétation peut-être peu conforme aux textes des lois du 8 Nivôse an VI et 22 Floréal an VII, les tribunaux admettent la saisissabilité des rentes sur l'Etat. Cette jurisprudence a été établie dans des vues d'utilité publique pour éviter le spectacle scandaleux de riches rentiers

(1) SALEILLES, *Introduction à l'Etude du Droit Civil Allemand*, p. 85.

échappant aux justes poursuites de leurs créanciers. Que demain le juge s'aperçoive que cette saisissabilité offre des inconvénients pratiques, pour le bon ordre par exemple de la comptabilité publique, en augmentant de façon gênante les opérations de transfert (pure hypothèse bien entendu), il ne sera pas obligé de maintenir indéfiniment la saisissabilité de ces rentes. Si un créancier se présente invoquant la jurisprudence, le juge lui permettra de saisir les rentes de son débiteur, parce qu'autrement il y aurait pour lui confiance nécessaire trompée, mais il motivera sa décision sur cette seule considération, réservant pour l'avenir les intérêts de l'Etat.

Surtout à notre époque où la science du droit, se compliquant sans cesse, n'est guère perceptible que pour les professionnels, les particuliers ne peuvent la connaître que par l'interprétation extérieure de la jurisprudence et il est nécessaire pour ne pas gêner l'activité sociale, que la confiance qu'ils sont obligés d'avoir en elle ne soit pas trompée.

Il y aura donc coutume et c'est le côté vrai, de la théorie de M. Gény quand il y aura *chez l'intéressé* qui l'invoque (et, non chez le groupe plus ou moins mystique des « intéressés » ou les êtres plus fictifs encore que l'on appelle « peuple » ou « collectivité ») « *opinio necessitatis* » ou mieux encore « *necessitas opinionis* ». Cette nécessité aura pour cause possible et c'est en cela que les autres opinions peuvent contenir du vrai, la pratique judiciaire, les usages constants, la pratique extrajudiciaire.

Il est plus douteux que l'autorité doctrinale puisse être considérée par le juge comme une cause de

necessitas opinionis. La doctrine ne s'impose pas avec la même force que la pratique. On est habitué à la discuter: le juge n'admettra pas qu'elle ait pu entraîner les convictions aussi invinciblement que les décisions des tribunaux, que l'exemple de situations de fait déjà créées.

Au point de vue de l'application de ces idées, un principe devra d'ailleurs être toujours respecté: ce sera à celui qui se prétend victime d'une erreur nécessaire, invincible, à faire la *preuve* de la réalité de cette erreur et de sa nécessité. C'est là l'observation des règles couramment admises sur la preuve: c'est à celui qui invoque une situation spéciale ayant existé à son profit qu'incombe la charge de prouver cette situation.

Nous ne rappelons à vrai dire ces notions que parce que la maxime « *Error communis facit jus* » forme précisément peut-être une exception à ces principes généraux. Dans tous les cas la victime de l'erreur devrait prouver l'existence de cette erreur, mais au cas où elle aurait prouvé que son erreur se trouvait *communément* partagée, se trouvait *commune*, elle n'aurait pas à en prouver la nécessité. Il y aurait en vertu de la maxime même, *présomption de légitimité*, d'invincibilité.

Le fait qu'une erreur a été partagée par un grand nombre de personnes constitue, en effet, une des excuses les plus puissantes à l'erreur d'un individu. M. Balfour (1) a assez fait ressortir cette idée: que certaines situations créent de véritables climats psy-

(1) Balfour, *Les Bases de la Croyance* citées par R. de la

chologiques. Le nombre, la généralité, sont peut-être un de ces faits créateurs. Justement à cause de ce que nous disions plus haut du subjectivisme croissant, de l'individualisation plus grande des personnes, celles-ci sont obligées pour agir, de s'en rapporter aux croyances de leur milieu, d'avoir confiance en ce qu'elles apprennent de ceux qui vivent autour d'elles. On n'a pas le temps de tout analyser, de tout approfondir, de tout connaître soi-même. Les complications sans cesse plus grandes de la vie sociale obligent à se laisser guider par autrui, à charger les autres d'apprendre et de connaître pour soi. L'adage « *Error communis facit jus* » aurait ainsi un sens très pratique, une utilité très moderne, très actuelle ; il aurait même un avenir.

Section II

OBJET DE L'ERREUR COMMUNE

L'erreur peut porter sur deux objets différents : le *fait* et le *droit*.

Il semble à la vérité difficile de donner de ces deux situations des définitions qui soient rigoureusement exactes. Le droit positif duquel nous devons seulement nous préoccuper, est par essence même une réalité, un *fait*. Logiquement, on devrait donc conclure qu'il n'existe que des erreurs de fait. Il faut pourtant, sans se laisser dominer par des considérations purement rationnelles, savoir reconnaître une véritable

Grasseric. Causes efficientes et téléologiques dans les faits linguistiques et juridiques. *Rev. philos.* 97, 2e sem. p. 269.

différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Si dans les deux hypothèses il n'y a à proprement parler jamais qu'erreur de fait, il faut au moins admettre que ce fait n'est pas dans ces deux cas de même nature.

Depuis que le droit romain avait fait un sort différent à l'*ignorantia facti* et à l'*ignorantia juris* (1), les jurisconsultes ont cherché à préciser ces deux sortes d'erreurs. L'ouvrage de Muhlenbruch (2), contient une des définitions les plus nettes : « *Factum id intelligimus*, écrit-il, *quodcumque non ad juris objectivi nomen referri potest, adeoque error facti vel de personis est, vel de rebus, vel de jure subjectivo.* » L'erreur de fait c'est celle sur le droit subjectif; comprenant erreur soit sur les personnes, soit sur les choses.

L'erreur de droit, c'est celle sur le droit objectif. Doneau exprimait cette idée (3) et Savigny (4) l'a encore reprise sous une forme même plus claire. «L'erreur de droit tombe sous une règle de droit, c'est-à-dire sur le droit objectif ; l'erreur de fait tombe sur des faits juridiques, c'est-à-dire sur les conditions exigées en fait pour l'application d'une règle de droit.» On a il est vrai remarqué déjà avec raison l'abus fait en ces derniers temps des notions de subjectivité et d'objectivité (5). On les a employées dans des sens

(1) L. 9, D. XXII, 6.
(2) *Doctrinæ Pandectarum* § 95.
(3) Doneau, 1re partie, chap. IX.
(4) Savigny, III app. VIII.
(5) Duguit, *op. cit.*, p. 20.

tellement divers que l'on doit se défier de ces expressions. Il faut s'expliquer sur elles. Dans le sens actuel, le droit sera *objectif* quand on envisagera l'existence de la règle de droit en elle-même et comme une abstraction, c'est-à-dire, indépendamment de toute application particulière concrète : ainsi droit objectif quand on dira qu'en vertu de l'art. 2279 Code civ. « En fait de Meubles, possession vaut titre ». Droit *subjectif* au contraire, si un possesseur particulier et déterminé se prétend en application de cette règle propriétaire de meubles également déterminés et particularisés. La réalisation du droit objectif produit le droit subjectif. Si difficile qu'il soit d'exprimer très clairement ces idées, elles sont cependant trop connues de nos jours pour qu'une confusion soit encore possible. On comprendra ce qu'est l'erreur de fait et ce qu'est l'erreur de droit. Ont-elles toutes deux une même efficacité ? Font-elles toutes deux le droit ?

A. — *Erreur de fait*

On est unanime à admettre qu'une telle erreur fait le droit.

C'est le cas très ancien du préteur Barbarius Philippus. Ce sont aussi les espèces modernes que nous avons déjà citées : un individu cachant sa nationalité étrangère est investi des fonctions de juge ou de notaire alors que des textes formels exigent que l'on soit Français pour remplir efficacement ces fonctions. La doctrine tout entière admet que les jugements rendus par ce magistrat incapable, les actes passés devant ce notaire irrégulièrement nommé, seront vala-

bles (1). Laurent (2), il est vrai, proteste. Il n'accepte pas que par application de la maxime « *Error communis*... » les actes entachés de cette irrégularité puissent être régularisés. Mais remarquons-le, le résultat auquel il aboutit en fait est cette régularisation même. Il argumente d'après les textes : « L'article 68 de la Loi du 25 Ventôse an XI ne prononce pas, dit-il, de nullité pour violation de l'article 35 de cette Loi » (celui qui exige la qualité de français pour être notaire). C'est donc simplement pour l'honneur des principes qu'il ne se range pas à l'avis commun.

Autres applications de la doctrine signalée, au cas où un acte est passé devant un notaire qui instrumente hors du ressort dans lequel il peut légitimement exercer (3) ; au cas où un jugement est rendu par un juge qui n'a pas l'âge requis par les lois (4) ; au cas où un notaire a instrumenté après sa destitution (5). Dans toutes ces hypothèses, bien entendu, c'est par suite d'une erreur commune que les causes viciant les actes ou les jugements ont été ignorées.

Dans la question de savoir si la *capacité putative des témoins* devait « équipoller » à leur capacité réelle et qui s'analyse dans le fond en une erreur de fait, on a été unanime aussi à reconnaître qu'en vertu

(1) Duranton, *op. cit.*, XIII, p. 65, n° 77. — Aubry et Rau, VIII p. 200, texte et note 5. — Favard de Langlade, V° *Acte notarié* § 7 n° 5. — Valabrègue, *op. cit.*

(2) Laurent, *op. cit.*, T. XIX, n° 107.

(3) Valabrègue, *op. cit.*, p. 47.

(4) Solon, *op. cit.*, 377.

(5) Duranton, *op. cit.*, XIII, n° 76. — Roland de Villargues, V° *Actes authentiques*, n° 19.

de l'adage, il devait y avoir « équipollence » (1). En pratique il s'agit en effet surtout des témoins testamentaires et leur incapacité aurait les plus désastreux résultats si l'on devait se montrer intransigeant. Il est souvent impossible de savoir de façon exacte si les personnes que l'on appelle chez soi, dans un moment d'urgence, ont bien l'âge et la nationalité qu'elles déclarent. Le contrôle de leurs affirmations ne peut en fait se faire, et il serait très grave que la moindre erreur ou tromperie de l'une d'elles pût entraîner la nullité d'un testament, alors surtout que le plus souvent cette nullité se trouverait irréparable. Signalons, là encore, la doctrine curieuse et typique de Laurent. Comme les autres auteurs il admet la validité du testament mais il ne veut pas consentir à ce qu'elle ait pour cause la maxime « *Error communis*... » Il n'adopte sa décision, dit-il, que parce qu'il peut la justifier par une tradition conforme de plusieurs siècles d'existence et qu'un texte légal, l'avis du Conseil d'Etat de 1807 précité, sanctionne cette interprétation du droit. Ces scrupules de raison semblent franchement bien inutiles s'ils n'ont d'autres résultats que ces platoniques déclarations. Il est incontestable que l'incapacité des témoins est une cause de nullité des testaments. Si, au cas où l'incapacité résulte d'une erreur commune, il est fait exception à cette règle, qu'importe qu'une loi autorise cette exception, qu'une longue tradition l'approuve, n'en reste-t-il pas ac-

(1) MERLIN, V° Témoins testamentaires § 2, n° 3, V° Ignorance § 2, n° 9. — DALLOZ, J.-G., V^is Droits civils, Lois, Mariage, Obligations (Preuve littérale, Dispositions entre vifs, Témoins).

quis que l'erreur commune couvre en ce cas une nullité et que M. Laurent lui-même l'admet ? S'il justifie sa décision par des considérations traditionnelles et légales, il est libre de restreindre bien entendu la portée de l'erreur commune dans les limites où les lois ou la tradition en reconnaissent l'efficacité ; ce n'est point tant en cela que nous le trouvons critiquable. Mais pourquoi déclarer qu'il proteste avant tout contre la maxime puisque lui-même est amené à en constater plus tard les résultats, à reconnaître que de tout temps elle a produit certains effets, que des textes légaux la sanctionnent encore.

L'efficacité de l'erreur commune a été encore unanimement admise dans les espèces suivantes : un *tuteur*, sujet à exclusion, a cependant été nommé, dans l'ignorance où l'on était de cet état (1) ; des tiers ont traité avec un autre, alors que, sans qu'ils s'en puissent douter, il était destitué de ses fonctions (2) ; un mineur a été autorisé à accomplir un acte, par une délibération de son conseil de famille, qui sans qu'on ait pu le savoir était irrégulière (3).

Dans cette dernière hypothèse pourtant il semble que l'on peut relever quelques opinions divergentes (4). Certains arrêts notamment, n'ont pas admis que l'irrégularité fût couverte. Mais cette divergence s'explique. Dans les espèces solutionnées par ces arrêts, il

(1) Aubry et Rau, I p. 470, texte et note 12.

(2) Demolombe, VIII, n° 508. — Aubry et Rau, I p. 477, texte et note 12.

(3) *Journal du Palais*, 38,I 451. — 38, II, 430. Sirey, 40, II 21.

(4) *Journal du Palais*, 42, I, 78.

y avait non pas erreur de fait, mais erreur de droit : ainsi dans l'une d'elles, la délibération du conseil de famille avait eu lieu en l'absence du juge de paix dont on ignorait que la présence fût nécessaire ; dans une autre, la décision avait été prise par moins de six membres parce qu'on ignorait que ce nombre fût exigé par la loi. C'est donc seulement une insuffisance d'examen de ces espèces qui pourrait empêcher de voir clairement l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence que nous affirmons quand il s'agit d'une erreur de fait. D'après tous les ouvrages comme d'après tous les recueils de jurisprudence on peut se convaincre qu'une telle erreur est par tous considérée comme efficace.

Dans certains cas, bien qu'il ne se soit agi que d'une erreur de fait, il est pourtant certain qu'on lui a quelquefois refusé efficacité.

Sur l'importante question de la validité que l'on doit reconnaître aux *actes d'aliénation accomplis par un propriétaire apparent,* on est par exemple contraint de reconnaître que la jurisprudence belge ainsi qu'un fort parti dans la doctrine française se refusent à admettre, par application de notre maxime, la validité de ces actes. Dans la majorité des cas cependant, si un héritier apparent a été réputé héritier, ce n'est que par suite d'une erreur de fait ; celui dont la vocation héréditaire était supérieure à la sienne était inconnu : c'était un enfant naturel reconnu dont on ignorait l'existence, ou bien encore c'était un testament que l'on ne connaissait pas. Mais on aurait tort de vouloir déduire de ceci que la doctrine que nous

exposons n'est pas aussi nette que nous le prétendons.

L'*objet* de l'erreur n'a pas en effet été le seul point pris en considération pour faire décider de l'admission plus ou moins large de la maxime « *Error communis...* » On tient aussi grand compte de la *nature* de l'erreur, et aussi des effets qu'on entend lui faire produire. Il peut donc se présenter telle hypothèse qui, satisfaisant aux conditions relatives à l'objet, ne contienne pas par contre celles que l'on exige à l'un ou l'autre des autres points de vue: *nature* ou *effet*. C'est ce qui se produit précisément dans l'hypothèse de l'héritier apparent. L'admission de la maxime entraîne alors des résultats particulièrement importants et nous verrons qu'à cause de la gravité de ces effets plusieurs auteurs ont refusé de les laisser se produire.

Ces mêmes considérations expliquent que dans un cas déjà cité : celui où un notaire a instrumenté après sa destitution, on puisse relever quelques décisions en apparence divergentes. Il y avait en effet alors désaccord sur la *nature* de l'erreur ; mais ce n'était pas à cause de son *objet* que l'on refusait d'admettre son efficacité.

Enfin même observation pour les cas où l'erreur commune a porté sur la *capacité d'une femme mariée* que l'on croyait fille ou mariée sous un régime matrimonial différent de celui qui avait en fait été adopté. Tous les auteurs n'admettent pas dans cette hypothèse efficacité de l'erreur ; mais si l'on analyse les diverses espèces, on voit que leur désaccord s'explique par une différence dans la nature des erreurs qui s'étaient produites. L'erreur provient-

elle de ce que la femme mariée s'est bornée à affirmer aux tiers qu'elle était fille, veuve, divorcée ou autorisée, on décide que l'erreur commune ne suffira pas à couvrir l'irrégularité commise ou mieux l'incapacité (1). Provient-elle de ce que la femme a employé des manœuvres dolosives de nature à tromper la bonne foi des personnes les plus vigilantes, l'erreur commune fera réputer capable la femme qui légalement ne l'était pas (2). Invincible dans un cas, l'erreur n'était pas excusable dans l'autre ; c'est pour cela que les auteurs valident ou ne valident pas alternativement les actes accomplis. Ce n'est pas parce qu'ils sont en désaccord sur ce principe : que l'erreur de fait est toujours excusable.

Il faut dire que ce principe est unanimement admis.

B. — *Erreur de Droit*

On ne peut par contre prétendre que le même accord continue à régner quand l'erreur porte sur *le Droit.*

« Il faut se garder, dit-on, d'attacher à cet adage « *Error communis facit jus* » une portée qu'il n'a pas. L'*erreur protégée, c'est l'ignorance d'un fait,*

(1) Merlin, Répertoire v° *Autorisation.* — Pothier, *Puissance Maritale* n° 53 et 54. — Toullier, II. 622. — Duranton II. 462 et 495. — Demolombe, IV. 327. — Aubry et Rau, V. p. 168, note 127.

(2) Pothier, *op. cit.* n° 28 et 54. — Toullier, II. 623 et 624. — Duranton, II. 462-464-495. — Dalloz, J.-G. X. p. 138. — Demolombe, IX. p. 328 et 332.

non de la loi ; l'erreur sur le droit est impuissante à fonder le Droit lui-même » et de fait le rédacteur du Dalloz (1) qui s'exprime ainsi semble bien résumer dans cette opinion la doctrine la plus courante et la mieux justifiée.

I. — Tradition

La distinction qu'il fait entre l'erreur de fait et l'erreur de Droit paraît aussi ancienne que l'adage lui-même. Si l'on s'en rapporte aux termes employés par Accurse, il semble même que, quand ils parlent d'« *error quod circa factum...* », les glossateurs réservent déja l'efficacité de l'erreur commune au seul cas où elle porte sur un fait. Aucun des textes à propos desquels ils la citent ne prévoit une erreur de Droit.

Au point de vue traditionnel, on serait aussi tenté d'observer qu'en Droit Romain déjà, un traitement différent était fait aux deux sortes d'erreurs. A Rome, tandis que l'erreur de fait était excusable, l'erreur de Droit restait nuisible. « *Regula est,* disait Paul (2), *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* » Ainsi l'usucapion n'avait pas lieu quand elle reposait sur une erreur de Droit et celui qui avait payé l'indu ne jouissait de la *condictio indebiti* que si ce paiement avait été fait à la

(1) Dalloz J.-G., v° *Obligation* n° 3062.

(2) Paul, L. 9 D. XXII-6. On a cependant contesté que cette règle ait été unanimement admise même en Droit Romain. Cf. Girard, *Manuel de Droit Romain*, p. 605, n° 6).

suite d'une erreur de fait. Seules certaines personnes, auxquelles il était permis de « *jus ignorare* » étaient excusables même de leur erreur de Droit. Cette règle du Droit Romain a peut-être exercé dans la suite une influence réelle, celle qu'a souvent une règle par suite des mots mêmes qu'elle emploie. Elle avait pourtant trait à une matière bien différente de celle dont il est ici question. Dans le texte cité, comme aussi en cas d'usucapion ou de paiement de l'indu, l'erreur dont il s'agit, est l'erreur purement subjective ou bonne foi simple et l'on sait déjà la différence essentielle qu'il y a entre celle-ci et l'erreur commune. Quelle que soit l'apparente similitude des situations elles sont donc trop foncièrement dissemblables pour que l'on puisse en notre sujet argumenter à l'aide des raisonnements qu'ont pu fournir les jurisconsultes romains.

II. — Textes Légaux

Pour la même raison, il serait puéril de rappeler que notre Code Civil a dans ses articles 1356 et 2052 distingué lui-même entre les deux erreurs.

L'avis du Conseil d'Etat de 1807 peut être au contraire d'un grand poids dans la question ici traitée. Rappelons brièvement l'espèce qu'il eut à solutionner. Une croyance traditionnelle attribuait aux secrétaires de mairie le caractère d'officiers publics alors qu'en vertu des termes formels de la loi du 28 Pluviôse an VIII ils sont dépourvus de tout caractère officiel ; on ne pouvait donc prétendre à ce que les extraits d'actes de l'état civil délivrés sous leur signa-

ture participassent de l'authenticité reconnue aux actes signés par l'officier public lui-même et le Conseil d'Etat dut statuer sur la valeur qu'il fallait reconnaître aux extraits délivrés sous le règne de cette erreur commune. Il est indéniable que cette erreur portait sur un point de Droit. Le Conseil d'Etat, pourtant, décida que les extraits soumis à son examen devaient jouir de l'authenticité. Comme l'a très bien fait ressortir, M. Labbé (1), par l'application qu'ils en ont faite les conseillers d'Etat admettent donc par une extension remarquable de la doctrine des glossateurs, l'efficacité de la maxime « *Error communis...* » même quand il y a erreur sur le Droit.

D'autres textes paraissent avoir reconnu à l'adage une aussi large portée : ainsi les lois du 21 juin 1843 et du 4 septembre 1807.

La première valide les actes notariés passés sans la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires et voici en quelles circonstances elle fut promulguée. L'article 9 de la Loi du 25 Ventôse, an XI décidait formellement que les actes notariés seraient reçus par deux notaires ou par un notaire et deux témoins instrumentaires : la présence réelle du second notaire ou celle des deux témoins était donc exigée. Mais dans toute la France, une pratique irrégulière s'était introduite : le notaire rédacteur recevait seul l'acte et l'envoyait ensuite à la signature chez son collègue ou les témoins. Par deux arrêts du 25 janvier et 16 novembre 1841, la Cour de Cassation jugea que tous ces actes irréguliers devaient être

(1) Cf. Valabrègue, *op. cit.* p. 50. — Labbé, P. 84. 1. 5. note.

considérés comme nuls. D'urgence il fallut pourvoir à une situation qui bouleversait tous les intérêts. La loi du 21 juin 1843 limitant pour l'avenir à un petit nombre d'actes la nécessité de la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires, valida aussi *rétroactivement* les actes reçus même avant sa promulgation en cette forme défectueuse. L'erreur de droit lui avait donc paru être excusable (1).

La loi du 4 septembre 1807 (2) règle le cas suivant. En vertu d'une fausse interprétation de l'article 2148 du Code Civil, ce qui constituait par conséquent une erreur de droit, on avait pensé qu'il n'était pas nécessaire de mentionner dans les bordereaux d'inscriptions hypothécaires l'époque d'exigibilité de la créance garantie par ces opérations. La loi du 4 septembre 1807 fut rendue pour régler les situations créées par cette fausse interprétation. Elle décida que les bordereaux devaient être rectifiés dans les six mois de sa promulgation; mais elle reconnaissait ainsi la validité des bordereaux *dans le passé*, admettant donc l'efficacité de l'erreur de droit.

(1) On a dit que la Cour de Cassation avait jugé *très juridiquement*. Cela n'est exact que si l'on appelle juridique ce qui est conforme à la loi et non au droit. La preuve très forte que les sentences de la Cour suprême étaient contraires au droit réside en effet dans ce qu'une loi a été précisément nécessaire pour enrayer leurs effets désastreux.

(2) Solon, *op. cit.*, n° 381.

III. — Doctrine.

L'examen de ces textes a convaincu quelques auteurs.

Solon(1) en se fondant sur eux admet que la maxime « *Error communis...* » doit être appliquée même au cas d'erreur portant sur le droit.

L'impression qu'ils ont produite sur d'autres, n'a au contraire pas suffi pour empêcher ceux-ci de défendre l'opinion opposée. Ne pourrait-on pas en effet, objecter que ces lois de 1807 et 1843, comme l'avis de 1807 lui-même, n'ont pas la portée générale qu'on leur prête ? Ils règlent une situation toute particulière et l'on serait toujours en droit de prétendre qu'ils ne font que confirmer la règle générale en lui créant des exceptions. En ce qui concerne l'avis du Conseil d'Etat qui se trouve plus spécialement visé ne pourrait-on même pas dire que le dispositif seul doit avoir force légale, les considérants n'ayant d'autre valeur que les travaux préparatoires et les discussions préliminaires aux lois ?

Ce ne sont pourtant pas ces arguments, d'ailleurs sans grande force peut-être, qui ont poussé une grande partie de la doctrine à refuser son adhésion à la thèse défendue par Solon.

Son commentateur, M. Valabrègue, rejetant l'efficacité de la maxime en cas d'erreur de droit, écrit : « une pure erreur de droit ne saurait être une situation légale » et une seule considération lui paraît suf-

(1) Solon, *op. cit.*, n° 381.

fisante pour justifier cette restriction. « Si l'on adoptait, dit-il, l'opinion contraire, on arriverait à créer une véritable *abrogation des lois par l'usage* » (1).

Ce rapprochement entre l'erreur commune et l'usage ne doit pas étonner : il correspond assez aux conceptions courantes. « L'erreur commune de droit, écrit le rédacteur du Dalloz, consiste dans l'habitude générale d'une fausse interprétation ou de la non application d'une loi (2). »

Cette habitude générale n'est-elle pas l'« ensemble de faits révélant un sentiment juridique » dans lequel M. Gény voit la Coutume (3) ?

L'erreur ne fait en effet pas échec à la formation de la Coutume obligatoire. Comme l'explique très bien l'éminent professeur de l'Université de Dijon, elle est même, sauf dans les coutumes purement confirmatives du Droit écrit, la condition *sine qua non* pour que cette coutume existe. D'elle doit dépendre la conviction que l'usage s'impose, cette « *opinio necessitatis* » qui est un des éléments essentiels de la Coutume (4). « On paraît, écrit aussi M. Saleilles, de plus en plus disposé à considérer comme indifférent le fait d'une erreur initiale à la base de formation du droit coutumier ; et, en effet, si on voulait en faire une sorte de vice inhérent à la condition d'une coutume, même

(1) Valabrègue, *op. cit.*, p. 75.

(2) Dalloz, *Répertoire*, V° *Loi*, n° 127.

(3) Gény, *op. cit.*, n° 110 et 119.

(4) M. Gény admet ainsi la théorie que nous avons soutenue : il faut pour qu'il y ait coutume, *croyance nécessaire* à l'autorité de cette Coutume.

appliquée et pratiquée de bonne foi, et qui dût se trouver ainsi entachée d'irrégularité imprescriptible, il n'y aurait plus de droit coutumier possible, surtout dans un pays à législation codifiée, si ce n'est peut-être pour la création de nouveaux rapports de droit, touchant à des matières entièrement étrangères à la loi (1) ».

L'erreur commune est donc intimément liée à la Coutume et l'on comprend que les théories admises relativement à l'une puissent influer sur le sort de l'autre. Or le *rôle de la Coutume* a été très discuté.

Elle a été, on le sait, la source unique du Droit. Mais de nos jours où règne le droit écrit, on ne s'entend que difficilement sur l'autorité qu'il convient de lui accorder.

Après la codification de 1804 on voulut d'abord lui reconnaître une certaine efficacité. Les premiers commentateurs, voyant dans la Coutume une *loi tacitement consentie*, proclamèrent la théorie de la désuétude (2). Mais la jurisprudence n'admit pas cette manière de voir. La conception même que l'on en proposait, fut la condamnation de la Coutume, parce que comme le firent remarquer Aubry et Rau sous notre régime constitutionnel où le pouvoir législatif est soumis à certaines conditions précises, il est inadmissible que la volonté générale se produisant sans ordre puisse créer le Droit. En matière commerciale seulement, on admettait que cette volonté devait être respectée. C'est en vain que M. Beudant proposait

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 87.

(2) Cf. Merlin. — Toullier. — Duranton.

de réserver à la Coutume une autorité complète et soutenait qu'elle abrogeait la loi : son opinion ne rencontrait que des contradicteurs.

En Allemagne toutefois, l'école historique faisait prendre aux esprits une autre direction. Selon Savigny et Puchta le Droit dérive de la conscience commune : la coutume, n'étant que la manifestation la plus formelle de cette conscience, doit participer de sa force. Elle devrait même être supérieure à la loi car la conscience collective se mire directement en elle, alors qu'elle ne trouve dans la loi qu'une interprétation étrangère. Or cette doctrine a maintenant en France quelque répercussion. M. Gény en a ressenti l'influence et il reconnaît qu'il faut admettre la Coutume comme source formelle du Droit parce que dit-il « la *sécurité indispensable aux intérêts privés exige qu'une règle accréditée par un long usage avec le caractère d'obligation juridique s'impose à l'égal d'une loi* de façon à guider sans hésitation l'activité de tous » (1).

Elle résulte *de la nature même des choses* et il considère que le respect qu'il conseille à son égard fait écho à ce sentiment profond de la nature humaine qui enveloppe d'une vénération mêlée de crainte la Coutume des ancêtres et redoute de la changer.

Toutefois, dit l'éminent auteur, la force de la Coutume doit varier selon le développement de la législation écrite, sa rivale forcée. Si la loi englobait toutes les relations juridiques possibles la Coutume devrait même disparaître. En sorte qu'après avoir,

(1) Gény, *op. cit.*, n° 116.

conformément aux conclusions de l'école historique et aux intérêts sociaux, réservé à la Coutume un rôle comme source de Droit, complémentaire de la loi, M. Gény rompt avec les doctrines d'Outre-Rhin quand il s'agit d'apprécier l'autorité de cette coutume en conflit avec la loi.

Selon lui, c'est la loi qui doit alors triompher. C'est une application de la règle de l'équilibre des intérêts en présence. Il observe que dans notre organisation sociale il y a plus d'intérêt à respecter la loi qu'à respecter la Coutume. Les hommes ont besoin pour agir librement d'avoir de leur action une règlementation fixe. Il faut de la stabilité et de la précision dans la législation parce que nos mœurs ont fait que nous n'agissons que les yeux fixés sur nos Codes et il ne faut pas que la confiance que nous avons, que nous sommes obligés d'avoir en la loi, puisse être trompée. C'est tout au plus quand la loi qui se trouve en conflit avec la Coutume est une loi purement interprétative ou supplétive des volontés, que cette coutume peut triompher d'elle. Hors ce cas exceptionnel force doit toujours rester à la loi.

Il est d'autant plus intéressant de connaître la théorie professée par M. Gény qu'elle passe chez nous pour des plus favorables à la Coutume. Le restant de la doctrine est aujourd'hui encore presque unanime à lui refuser la force d'abroger la loi.

On comprend dès lors combien la considération de cet effet abrogatoire, qui pouvait résulter de l'erreur commune quand elle porte sur le Droit, ait paru décisive pour M. Valabrègue et l'ait poussé à refuser toute efficacité dans ce cas à cette erreur com-

mune. Le principe que la loi doit d'une façon absolue demeurer respectée lui a paru si solidement établi, si sûr, qu'il n'a pas même pris le soin de le défendre. C'est un axiome de Droit ; puisque l'erreur commune peut quand elle porte sur le droit porter atteinte à cet axiome il ne faut plus garder pour elle aucune considération ; l'erreur commune ayant pour objet le Droit ne peut faire ce droit.

C'est par respect pour un autre grand principe que la plupart des auteurs refusent aussi d'admettre l'efficacité de l'erreur de Droit.

Comme toute législation positive, notre Droit est dominé par cette règle de première nécessité que nul n'est censé ignorer la loi : « *Nemo legem ignorare censetur.* » « En principe, écrit M. Planiol (1), les particuliers ne peuvent pas échapper à l'application de la loi en alléguant qu'ils en ignoraient l'existence. La loi, devenue obligatoire par sa promulgation, oblige tous ceux qui se trouvent soumis à son empire, même quand ils l'ignorent. Si l'on n'admettait pas ce principe, l'autorité des lois serait compromise. Tant pis pour ceux qui sont mal renseignés. Cette règle un peu dure parfois est une nécessité sociale. » « C'est même chose, disait Portalis, d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître. » « Nul, dit un autre auteur (2), n'est admis à invoquer son ignorance de la loi, soit pour s'excuser de ne l'avoir pas observée, soit pour se faire relever des suites de l'inobservation. En d'autres termes l'*er-*

(1) Planiol, *op. cit.*, I. p. 95.

(2) Beudant, Introduction p. 121.

reur de Droit, celle qui résulte de l'ignorance de la loi, ne saurait être ni une excuse ni un titre. Admettre l'exception d'ignorance individuelle ce serait manifestement énerver l'autorité des lois. Dès que la loi est publiée, elle est réputée connue. La loi oblige même ceux qui, de fait, en ignoraient l'existence. L'ordre social ne peut être obtenu qu'à ce prix. »

Tant pis donc pour les victimes de l'erreur commune quand cette erreur a pour objet le Droit; l'ordre social, le respect nécessaire dû à l'adage « *Nemo legem ignorare censetur* » exige que ces victimes soient sacrifiées. Il y a là encore une raison majeure pour que l'erreur de Droit soit privée d'efficacité.

IV. — Jurisprudence

La jurisprudence s'est montrée plus douce. Plusieurs espèces témoignent manifestement d'une plus large compréhension en fait, du rôle de la maxime « *Error communis...* »

Formellement il a été admis que l'*erreur sur le sens d'une loi obscure* n'est pas en matière héréditaire une cause de restitution si au temps du contrat elle était généralement accréditée par tous les tribunaux, par la Cour suprême, par le législateur même (1). Ainsi d'après une fausse interprétation de la loi du 17 Nivôse an II sur les successions, le partage d'une hérédité avait eu lieu pour la part attribuée à la ligne maternelle entre un cousin germain du

(1) Rejet, 15 Germinal An XII. — Dalloz, *Répertoire* v° *Lois* p. 209.

défunt et des enfants d'un cousin au même degré, d'après le système de la refente. Plus tard la jurisprudence de la Cour de Cassation ne permettant plus de donner ce sens à la loi de l'an II, le parent qui était en vertu de la nouvelle interprétation seul appelé dans sa ligne, demanda la nullité du partage et contre des cessionnaires de la part attribuée aux copartageants, héritiers putatifs, la restitution des biens que ceux-ci possédaient. La Cour de Douai jugea par un arrêt du 17 août 1822 que l'erreur, bien qu'elle fût de droit, validait le partage (1).

Plus récemment la Cour de Cassation elle-même paraît avoir, lors de l'affaire des *mariages de Montrouge*, reconnu la même efficacité à l'erreur de Droit. Il n'est pas inutile de rappeler l'espèce. Le mariage doit en principe être célébré par le maire qui est officier de l'état-civil. Toutefois celui ci peut déléguer ses fonctions, mais aux termes de la loi du 18 juillet 1837 qui régissait alors la matière (2), cette délégation n'était régulière que si elle suivait l'ordre du tableau des adjoints et des conseillers municipaux. Or à Montrouge, certains mariages furent célébrés par le dernier des conseillers municipaux inscrits, sans que les adjoints ou conseillers qui le précédaient sur le tableau eussent été délégués. Strictement, la délégation se trouvant entachée de nullité par suite de cette irrégularité, les mariages avaient été célébrés

(1) DURANTON, *op. cit.*, I. p. 480.

(2) La loi de 1884 donne aujourd'hui aux maires la faculté de déléguer leurs fonctions sans condition. La question ne pourrait donc plus se poser.

par une personne n'ayant pas autorité pour cela et se trouvaient donc radicalement nuls. La Cour de Cassation, dans un arrêt fameux, en admit pourtant la validité (1).

Relativement enfin aux suites que l'on devait donner à l'*absence* illégale, pendant la rédaction des actes notariés, du *second notaire ou des témoins instrumentaires*, on peut aussi rappeler que, contrairement à la jurisprudence suivie plus tard par la Cour de Cassation et qui motiva on le sait la Loi de 1843, la Cour de Nîmes et la chambre des requêtes, par deux arrêts du 15 juin 1830 et du 14 juillet 1825, décidèrent que bien qu'il y ait eu erreur sur le Droit, les actes attaqués devaient garder la valeur d'actes notariés réguliers.

La jurisprudence pourtant, bien que moins rigoureuse que la doctrine, n'en a pas moins subi l'influence des mêmes principes de Droit que celle-ci. Si les recueils permettent de relever quelques espèces où l'erreur commune a fait le Droit quoique n'ayant pas un fait pour objet, on doit en effet reconnaître que les magistrats qui ont rendu ces décisions n'ont pas tranché cependant de façon formelle la question de l'efficacité de l'erreur de Droit. Ils décident en fait, mais ont toujours négligé de poser la question même du principe. Il est vraisemblable de supposer qu'ils trouvaient véritablement gênant soit cet adage : « *Nemo legem ignorare censetur* », soit

(1) V. P. 84-I-5. Note de M. Labbé qui remarque bien l'extension donnée par cet arrêt en faveur de la maxime « *Error communis...* »

cette règle que *la Coutume ne peut abroger la loi.* Quand ils peuvent justifier leurs décisions par d'autres moyens que la maxime « *Error communis...* » il est remarquable de constater même qu'ils se gardent de faire valoir celle-ci. C'est par exemple ce qui se produit dans l'arrêt rendu à l'occasion des mariages de Montrouge. La Cour suprême pouvait justifier sa sentence au moyen de sa doctrine habituelle sur la nullité des mariages pour clandestinité et elle n'a pas manqué d'y avoir recours pour éviter peut-être de faire appel à l'adage sur l'erreur commune si difficilement conciliable avec les conceptions juridiques classiques.

Est-elle donc si contraire aux principes couramment admis, qu'on ne puisse considérer comme probable l'admission par un interprète de l'efficacité de la maxime « *Error communis...* » quand cette erreur à pour objet le Droit ?

V. — Examen des Objections contre l'Efficacité de l'Erreur de Droit

Ces objections, en outre des souvenirs historiques qui peuvent avoir eu quelque influence sur la doctrine se rattachent à deux ordres d'idées : rôle abrogatoire de la Coutume, règle : « Nul n'est censé ignorer la loi ».

En étudiant les effets qu'il convient de laisser produire à l'erreur commune, l'occasion se présentera pour nous de démontrer sans doute qu'une fausse conception de cette efficacité a seule pu faire croire que la première de ces objections était opposable en

cas d'erreur de Droit. « *Error communis facit jus* » dit l'adage. Mais le mot « *facit* » a un sens très particulier que l'on a tort peut-être d'assimiler à l'abrogation des lois. Il y a eu sur ce point interprétation défectueuse du rôle de l'erreur commune et il sera facile de prouver que l'argument élevé à ce propos contre elle ne doit pas être retenu.

L'adage « *Nemo legem ignorare censetur* » n'a pas non plus peut-être, et cela nous allons immédiatement l'examiner, la portée et le sens dans lequel on l'a entendu.

Le Code Civil, ni aucun de nos Codes, n'a formellement consacré cet adage. Ce n'est pourtant pas à ce point de vue qu'il convient à notre avis de placer la discussion. Avec toute vraisemblance on peut en effet conclure de l'ensemble du Code de 1804 que ses rédacteurs ont entendu le faire respecter. « Les lois, dit l'art. 1 dans ses premiers alinéas, sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République. Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en *pourra* être connue » et cette promulgation est réputée connue selon des règles particulières qui établissent de véritables présomptions. C'est avec raison que le législateur n'admet pas que les lois soient exécutoires à partir seulement de l'instant où elles auront été en fait réellement connues par chaque citoyen. Le mauvais vouloir ou la négligence de ceux qu'elles doivent obliger pourrait en énerver l'autorité si l'exception d'ignorance était admise. Il faut pour que la loi ait de l'utilité qu'une fois sa pro-

mulgation opérée et publiée, nul ne puisse se soustraire à ses dispositions sous prétexte qu'il ne la connaissait pas, que sa promulgation opérée régulièrement nul ne soit *censé* l'ignorer. C'est une présomption indispensable que l'on devrait admettre alors même que des textes ne paraîtraient pas la consacrer.

Comme l'a fait remarquer M. Bressolles (1), c'est une fiction cependant et il ne faut pas lui reconnaître plus d'autorité qu'elle ne mérite d'en avoir.

Tous les auteurs ont été en général conduits à lui admettre des tempéraments très considérables. Ils reconnaissent que l'adage : « *Nemo legem...* » comporte plusieurs exceptions. Selon M. Planiol (2) il doit ainsi être limité aux lois qui s'appliquent indépendamment de la volonté des particuliers : toutes lois interprétatives se trouvent donc soustraites à son autorité, les lois impératives et plus spécialement même les lois d'ordre public lui restant seules subordonnées. Mais même quand il s'agit de ces lois d'ordre public la règle « *Nemo legem...* » n'est-elle pas susceptible de certaines dérogations ?

On en a souvent vu une au cas où le *Journal Officiel* ou le *Bulletin des Lois* ne peut, par suite de faits de guerre ou d'inondation, parvenir au chef-lieu du département. Il nous semble cependant qu'il n'y a là au contraire que l'application stricte de la règle : le délai ne court par principe même que du jour où ce

(1) *Revue de législation*, tome 17 et 18. M. Bressolles, de la règle : « *Nemo legem...* »

(2) Planiol, *op. cit.*, I. p. 112.

journal ou bulletin est arrivé au chef-lieu. Cette arrivée par hypothèse ne s'étant pas produite, on ne peut plus dire que la loi soit aux termes de l'article 1 du Code Civil « *réputée* connue ».

Le Décret du 5 novembre 1870 a été aussi invoqué comme dérogatoire à la règle. Il l'est en effet car il admet que les juges peuvent excuser une contravention, pour ignorance de la loi à laquelle il y a eu infraction, quand il a été contrevenu dans les trois jours de la promulgation de cette loi. Mais il faut bien reconnaître que cette dérogation, qui est simplement d'ailleurs facultative pour les juges, n'a qu'une portée très restreinte : elle suppose un délit pénal et n'est admissible encore que pendant un délai fort court.

C'est à un point de vue plus général qu'il faut se placer : l'adage « *Nemo legem ignorare censetur* » est-il applicable en toute hypothèse ou bien réserve-t-il le cas où l'ignorance individuelle était *invincible*, *nécessaire*, *inévitable* ?

A la rigueur on pourrait invoquer en faveur de cette thèse le texte même d'un article. L'art. 1 du Code Civil ne dit il pas que « la loi ne sera exécutée que quand sa promulgation en *pourra* être connue ». Mais ce sont là des arguments qui ne nous semblent devoir être admis qu'avec quelque répugnance. Dans un autre alinéa le même article d'ailleurs « *réputecette* promulgation connue par l'écoulement d'un certain délai »; il semble donc que littéralement même les termes de la loi se neutralisent et que l'on ne peut avec sincérité s'en faire une arme dans un sens quelconque.

Il faut raisonner autrement. Nous avons dit déjà sur

quelle utilité était fondée la règle « *Nemo legem...* » Mais n'est ce pas exagérer ou mal concevoir sa raison d'être que de s'en servir en toute hypothèse contre ceux qui ne connaissent pas la loi ? Selon l'expression d'un auteur très classique, le but de cette règle est de « parer à la négligence et aux mauvais vouloirs possibles des citoyens (1) ». Pour qu'un particulier puisse se soustraire à l'application de la loi il ne doit pas suffire qu'il prouve son ignorance de fait ; le juge sera en droit de lui répondre : Tant pis pour vous, vous deviez vous informer, vous êtes en faute de ne pas la connaître. On comprendrait mal notre pensée si l'on pensait qu'en soutenant que l'adage : « *Nemo legem...* » n'a pas toute l'autorité qu'on lui accorde d'ordinaire, nous proposons d'en suspendre l'application toutes les fois qu'une personne pourra prouver son ignorance de fait. Voici seulement ce que nous prétendons : L'adage en question présume que la loi est connue, mais il présume aussi qu'elle a *pu* l'être, qu'il a été *dans la possibilité* de celui contre qui il est invoqué d'en avoir connaissance et c'est sur ce dernier degré de présomption seul que nous portons la discussion.

Est-il juste que la loi soit applicable à quelqu'un qui, en fait, prouve non seulement qu'il l'ignorait mais prouve encore qu'il lui était impossible de la connaître ?

M. Planiol (2) semble trouver quelque injustice à un tel résultat. L'hypothèse où il propose de suspendre l'application de la règle « *Nemo legem...* » est il est vrai

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, I.

(2) Planiol, *op. cit.*, I. p. 95.

bien chimérique : il suppose le territoire d'une commune, isolé du chef-lieu d'arrondissement ou de département par des faits de guerre ou des inondations, à tel point que le texte d'une loi n'y puisse être connu. Mais en décidant que dans ce cas l'exception d'ignorance est opposable par les habitants de cette commune il paraît admettre la distinction que nous proposons. Quand Portalis disait aussi « c'est même chose d'avoir connu la loi ou d'avoir *pu* la connaître » s'il admettait ainsi que l'ignorance de fait ne peut, en principe, être opposée, il paraissait pourtant faire encore une réserve pour les cas où cette ignorance était inévitable, où l'on n'avait pu s'y soustraire. En sorte que, puisque de l'avis même d'auteurs très connus la règle « *Nemo legem...* » doit cesser par respect pour l'équité de recevoir son application aux cas où l'ignorance de la loi était nécessaire, il est à notre avis très légitime, en cette matière qui est surtout en fait toute extra légale et construite seulement sur des idées de justice, de restreindre les effets de l'adage aux hypothèses où l'ignorance du droit se trouve reprochable. Au point de vue de la preuve on peut même reconnaître au brocard : « *Nemo legem...* » une plus grande utilité : il contiendra la *présomption que l'ignorance pouvait s'éviter*, mais ce serait pour employer une expression traditionnelle une présomption « *juris tantum* », admettant une preuve contraire et non « *juris et de jure* ».

Si cette conception est acceptée on voit facilement combien peu solide reste l'argumentation tirée de la règle « *Nemo legem...* » contre l'efficacité de l'erreur commune portant sur le droit. On a vu en étudiant

sa nature que la caractéristique de l'erreur commune est d'être précisément une erreur invincible, une ignorance de la vérité qui ne pouvait s'éviter. L'on se trouverait donc toujours, quand il y a erreur commune de droit, dans l'exception reconnue à la règle : « *Nemo legem ignorare censetur* ». Jamais à proprement parler, en admettant que l'erreur commune de droit est efficace on ne violerait cette règle.

Il semble donc, à la réflexion, que la distinction que certains auteurs ont voulu faire, à propos des effets juridiques de l'erreur commune entre les cas où elle a pour objet un fait et ceux où elle porte sur le droit, est fort peu justifiée. Elle résulterait d'une confusion due à une insuffisante analyse de prétendus principes juridiques ; elle serait un de ces cas que M. Gény a désignés sous le nom d' « abus des constructions logiques ».

Il est à présumer qu'un interprète, son attention mise en éveil, n'accorderait pas à cette distinction la même valeur (1).

(1) Il ne faut pourtant pas se cacher que tout principe, même celui que nous avons tâché de dégager ici, serait dangereux si l'on voulait l'appliquer toujours strictement. Si nous proposons d'entendre de façon nouvelle la règle : « *Nemo legem...* » en accordant une exception d'ignorance au cas où cette ignorance ne pouvait être évitée nous ne prétendons pas cependant que cette exception doive toujours être admise. En droit on doit retenir que tout n'est que question de fait, doit se résoudre par une appréciation juste des intérêts en conflit. Or on peut concevoir, au cas où il y a procès entre une personne qui invoque une règle de droit dûment établie et une autre personne qui se retranche derrière une erreur invincible qui l'a empêchée de connaître cette règle, que la situation

On connaît maintenant les conditions d'exercice de la maxime : elle sera sans doute admise toutes les fois qu'il se rencontrera une erreur invincible portant soit sur le fait soit sur le droit.

Reste à déterminer un point aussi important : quels effets une telle erreur doit-elle engendrer ?

de la première soit, à raison des circonstances, plus digne d'intérêt que celle de son adversaire. Sa confiance en la loi était en un mot peut-être plus nécessaire, que la confiance de l'autre partie. Elle pourrait donc se trouver plus légitime.

CHAPITRE QUATRIÈME

Effets de la Maxime

La maxime paraît très nette : « *Error communis facit jus* ». Les effets de l'erreur commune sont donc faciles à connaître : elle *fait* le droit.

A force de limpidité, cette interprétation demande pourtant à être éclaircie, car que l'on traduise ce « *facit jus* » par faire, créer ou engendrer le droit, encore faut-il savoir ce qu'on entend par le mot *droit* ?

Est-ce le droit objectif, règle juridique purement abstraite, considérée indépendamment de ses applications ? — Est-ce au contraire le droit subjectif, situation juridique créée en application de la règle abstraite, légitimité de l'acte accompli par l'individu ?

Il est indispensable de s'expliquer sur ce point.

A. — *Elle ne crée pas le Droit objectif*

L'erreur commune est une source juridique de nature très particulière. Elle ne peut aussi que jouer un rôle particulier.

Dès qu'elle prend conscience d'elle-même, elle cesse aussitôt d'exister. On conçoit facilement en effet qu'une

erreur se soit prolongée même pendant un temps très long, qu'elle soit même d'autant plus sincère qu'elle durera depuis plus longtemps. Mais par contre, du jour où celui qui en était victime se sera aperçu de son erreur, aura eu connaissance de la vérité, on ne peut plus s'imaginer comment cette erreur pourrait encore persister chez lui. Il est impossible de croire qu'une chose est, quand on sait pertinemment qu'elle n'est pas. Du jour où l'erreur commune aura été découverte, cette erreur ne pourra donc plus exister : il y a une véritable impossibilité logique qui empêche d'accepter sa persistance. Il pourra par la suite y avoir des violations du droit, des infractions à la loi, des fraudes, des mensonges, il ne pourra plus subsister d'erreur commune.

Ce caractère spécial a sur l'efficacité de l'erreur commune une influence très grande. Il est incontestable qu'elle ne peut exercer sa faculté créatrice que pour le *passé et rétroactivement*, jamais pour l'*avenir*. A cause de la bonne foi invincible de son auteur, le juge déclarera légitime un acte accompli pourtant en violation d'une règle de droit. A celui qui avait toutes raisons de croire que son vendeur était le vrai propriétaire des biens qu'il a acquis de lui, on pourra par respect pour sa bonne foi invincible, maintenir et confirmer, déclarer légitime, la propriété de ces biens. On dira que les extraits d'actes de l'état-civil délivrés par des secrétaires de mairie, auxquels une longue pratique administrative attribuait à tort le pouvoir de conférer l'authenticité aux actes délivrés sous leur signature, seront, par égard pour l'erreur invincible dont les parties se trouvaient victimes, consi-

dérés comme véritablement authentiques. Mais on ne fait ainsi que couvrir des irrégularités antérieures, déjà commises. Dans l'avenir, par contre, rien n'est changé : il faudra toujours acquérir du vrai propriétaire pour devenir propriétaire soi-même d'un bien ; il faudra toujours qu'un extrait porte la signature de l'officier de l'état-civil pour qu'il jouisse de l'authenticité. En un mot l'erreur commune peut conférer des droits, mais elle ne touche en rien à la règle de droit, au droit objectif.

Cette idée a été clairement exprimée par Cochin (1).

« Quand les lois, dit-il, sont demeurées sans exécution et qu'un usage contraire a prévalu, on ne peut plus invoquer leur sagesse, ni leur puissance ; on peut bien les renouveler pour l'avenir, arrêter le cours des contraventions par une attention exacte et les faire exécuter. Mais tout ce qui a été fait auparavant subsiste et demeure inébranlable, comme si c'était muni du sceau même de la loi. »

La même observation explique que l'on n'ait en général à s'occuper de la maxime « *Error communis...* » qu'à propos de la théorie des nullités, cette maxime étant invoquée comme exception mais non comme action (2).

On comprendra maintenant pourquoi nous nous sommes réservé de n'apprécier que maintenant la valeur de l'objection tirée, contre l'efficacité juridique de l'erreur ayant pour objet le Droit, de cette

(1) Cochin, III. p. 708.

(2) Solon, *Théorie sur les Nullités des Conventions et des Actes de tout genre en matière civile.*

prétendue règle que *la coutume ne peut abroger la loi.*

Cet argument est sans force parce qu'il est opposé sans motif. L'erreur commune n'*abroge* pas la loi, elle y *déroge* seulement, elle en suspend l'application sans l'interrompre et il y a là deux résultats vraiment distincts et bien différents.

M. Gény aurait gagné à notre avis à se pénétrer de ces idées ; en respectant notre distinction il aurait pu, tout en refusant à la coutume la force abrogatoire, admettre sans contradiction que l'erreur commune avait pourtant la puissance de déroger à la loi.

Il estime en effet qu'avec la diversité actuelle de nos existences, de nos capacités, de nos intelligences, avec surtout la multiplicité toujours croissante des rapports qui deviennent possibles entre les hommes on ne peut en confier la règlementation à la coutume. Pour la majorité des membres de la société, elle risquerait d'être toujours ignorée ou douteuse. Pour que chacun puisse agir librement, c'est-à-dire en connaissance parfaite des résultats qu'il peut attendre de son activité, il faut selon lui que les droits soient déterminés par la source de Droit, formelle par excellence, que tous comprennent, qui parle à tous : la Loi. Il pense donc que toutes les fois qu'un usage, si répandu soit-il, se trouvera en présence d'une loi expresse contraire, il est nécessaire, pour des raisons d'utilité sociale et pour conserver aux rapports sociaux leur netteté indispensable, de dire que cet usage n'aura pas eu la force d'abroger la loi, d'en supprimer l'autorité dans l'avenir. Sans qu'une loi nouvelle ait besoin d'être édictée, c'est selon la loi

même que l'usage a méconnue et violée, que les rapports *futurs* devront être réglés.

Mais qu'importent ces considérations au cas où il s'agit d'une erreur commune : il n'y a alors à régler que des rapports *passés*. Les raisons d'intérêt public qui font admettre la supériorité de la Loi ne se retrouvent plus. Cette supériorité est admise pour permettre aux personnes d'agir facilement en agissant avec assurance et en connaissance de cause. Mais, puisque d'après les données mêmes de l'hypothèse, elles ont placé leur confiance, non dans la loi qu'elles ignoraient ou qu'elles méconnaissaient, mais dans tel ou tel usage contraire, on troublerait les rapports sociaux en décidant qu'elles n'ont pas agi conformément au Droit.

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la force abrogatoire de la coutume, on peut donc, tout en restant très logique avec soi-même, accepter en cas d'erreur commune, inefficacité de la Loi. Il suffit de distinguer les actes *accomplis* de ceux *à accomplir*. Dans le premier cas il y a cette « *necessitas opinionis* » qui décide la conviction du juge et lui fait dire : il y a droit. Dans la seconde hypothèse il ne reste plus qu'un usage passé, indice peut-être d'une solution convenant aux utilités sociales futures mais qui n'est pas obligatoirement respectable comme l'est l'erreur inévitable et invincible ayant entraîné : « *necessitas opinionis* (1) ».

(1) Il pourrait se faire pourtant que la « *Necessitas opinionis* » subsistât à la découverte de l'erreur commune. On pourrait continuer à croire que l'usage antérieurement établi reste obligatoire

Avec cette conception M. Gény aurait évité de donner à sa théorie des résultats qu'aucun tribunal ne consentirait sans doute à sanctionner tant ils choquent le sens pratique. Ainsi l'administration des Postes (1) n'hésite pas à payer aux femmes mariées les mandats postaux à leur nom, sur leur simple quittance, sans aucune autorisation du mari, dont l'intervention, quel que soit le régime matrimonial adopté n'est même en fait pas admise. Les Compagnies de Chemin de Fer agissent de même pour les marchandises expédiées contre remboursement quand il s'agit de payer ce remboursement à la femme. L'administration ou les Compagnies agissent ainsi en vertu de leurs règlements. Mais ces règlements n'ont aucune valeur juridique pour les particuliers. Il n'y a donc qu'une pratique constante acceptée du public, fondée sur des idées erronées (croyance au caractère juridiquement obligatoire des règlements postaux ou des Compagnie de Chemin de Fer) mais qui n'en est pas moins certaine. M. Gény, qui expose la première de ces hypothèses, admet qu'au cas où un mari attaquerait un paiement ainsi effectué au mépris de la loi, ce paiement devrait être annulé. Vraisemblablement pourtant ce résultat ne serait pas admis. Peut-être les tribunaux réserveraient-ils, dans les motifs

tant qu'une loi nouvelle n'a pas confirmé la loi ancienne violée par cet usage. Mais c'est alors une erreur commune nouvelle qui prend naissance : interprétant faussement l'efficacité des usages, pouvant par conséquent légitimer à nouveau une situation que l'on pourrait sans cela déclarer contraire au Droit.

(1) Gény, *op. cit.*, n° 129.

de leurs décisions, le maintien de la loi pour l'avenir ; peut-être déclareraient-ils recevable une opposition faite par le mari au paiement offert à sa femme ; mais, bien que la loi exige formellement l'autorisation maritale, à raison de la croyance à l'inutilité de cette autorisation, ils déclareraient valables les paiements ainsi *opérés*. Si le juge croyait nécessaire de rappeler pour l'avenir l'autorité de la loi, il ne méconnaîtrait certainement pas pour le passé l'efficacité de la coutume car sa méconnaissance entraînerait de trop fâcheux résultats.

Quand en 1841 la Cour de Cassation n'observa pas cette loi d'utilité sociale et jugea que les actes notariés passés sans la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires, ne devaient pas jouir de l'authenticité, on eut tort de trouver ses arrêts très juridiques. Ils l'étaient si peu, ils étaient du moins si peu conformes au vrai Droit issu de la solidarité sociale, qu'il fut nécessaire pour réparer leur désastreux effet de promulguer une loi nouvelle. Les tribunaux, dit-on, n'ont pas et ne doivent pas avoir dans notre organisation actuelle le soin de faire régner la justice ; ils ne doivent que faire respecter la loi. Ce qui prouve que cette conception du devoir judiciaire est absolument fausse, c'est qu'en fait elle est toujours violée. Le législateur est impuissant à concilier comme il convient les intérêts particuliers en conflit : il ne prévoit pas tous les rapports sociaux possibles et il n'est pas non plus assez évolutif pour satisfaire aux variations d'exigences de la pratique. Comme pourtant, pour que l'individu vive et agisse, il faut que l'harmonie existe entre les intérêts indi-

viduels, la jurisprudence outrepasse continuellement la sphère trop étroite d'action qu'on prétend lui attribuer. En interprétant la loi, elle la complète, elle la crée, elle fait le Droit. Cet état de choses est une *vraie loi naturelle* contre laquelle on s'insurgerait en vain parce qu'elle dérive d'une nécessité sociale : le besoin de corriger les lacunes inévitables du système législatif. On peut souhaiter que ce système devienne aussi souple que la vie pratique le demande, que le législateur prévoit, et les prévoit à temps, tous les besoins pour les réglementer au mieux des désirs.

« L'idéal, serait peut-être, comme le dit M. Lambert (1), que la vocation de notre temps pour la législation... s'accentuât beaucoup plus rapidement... que le législateur s'efforçât de restreindre le plus possible l'action créatrice de la jurisprudence. » Mais ce rêve n'est encore qu'idéal. Comme, pour ne pas s'illusionner, il ne faut compter qu'avec les réalités et non avec les chimères, on doit reconnaître que puisque les faits actuels et passés prouvent l'insuffisance de la loi, les tribunaux ont raison de remédier, s'ils le peuvent, à cette insuffisance. Sur ce rôle créateur de la jurisprudence on est d'ailleurs d'accord. La seule nouveauté de notre conception consiste à élargir ce pouvoir. La jurisprudence pourrait non seulement créer des règles de Droit nouvelles, elle pourrait aussi modifier les règles anciennes, ou pour le moins leur déroger.

Nous n'avons pas en effet, pour admettre l'efficacité de l'erreur commune portant sur le Droit,

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 810.

besoin d'étendre ce pouvoir du juge jusqu'à l'abrogation de la Loi. Pour repousser l'argument objecté par M. Valabrègue il ne serait donc à la rigueur pas nécessaire d'aborder le problème de la force abrogatoire de la coutume ; mais sur ce dernier point, une évolution si manifeste se produit vers l'accroissement des pouvoirs de l'interprète que l'examen de ce mouvement des esprits, véritable argument *a fortiori* pour notre thèse, ne pourra que triompher des dernières résistances qu'elle pourrait rencontrer.

Notre conception du Droit se résume en effet en ceci : *Il y a droit, quand il y a croyance du juge à l'existence de ce droit.* Cette croyance se détermine en principe à notre époque par la Loi: *la Loi est une présomption de Droit.* Toutefois le juge cherche avant tout, parce qu'il a mission naturelle et tacite pour cela, à concilier les intérêts en conflit, selon la plus grande utilité sociale. Si donc la Loi ne contient pas indication de la solution qu'il cherche, il demandera en dehors d'elle des indications : soit à la pratique des hommes d'affaires, soit aux décisions judiciaires précédemment rendues, soit à son propre instinct, si ce qui est bien rare pourtant, la situation à régler est entièrement neuve. Si aussi la présomption de Droit, d'utilité sociale, contenue dans la Loi est contredite par les faits, le juge cessera de respecter cette loi ; il pourra dire : le Droit est différent de la loi. Ainsi au cas d'erreur commune nous voyons une nécessité péremptoire de respecter cette erreur et nous proposons de reconnaître au juge le pouvoir dans cette hypothèse de déroger à la loi ; et cette

proposition n'est pas si révolutionnaire, puisque comme nous allons l'exposer, il y a maintenant de la part de plusieurs esprits, tendance à accorder au juge un pouvoir plus grand encore : les derniers ouvrages de la doctrine admettent qu'il peut, au besoin, même abroger la loi.

Si en effet au temps d'Aubry et Rau et malgré les observations très raisonnables présentées par M. Ch. Beudant, on refusa, à cause du principe de la séparation des pouvoirs, d'admettre que la coutume pouvait renverser la loi, ces considérations théoriques ne passent plus aujourd'hui pour avoir la même valeur.

Même pour M. Gény, elles ne l'ont plus, car s'il croit encore devoir repousser la force abrogatoire de l'usage, comme en réalité il ne le fait plus que pour des raisons uniquement pratiques, il admet par cela même, puisqu'il est évolutionniste, c'est-à-dire qu'il croit à la mobilité incessante de nos besoins, que ces besoins variant, la force abrogatoire de la coutume peut devoir être acceptée.

Le motif de fait qui l'empêche d'admettre ce résultat dès maintenant, réside dans ce que, si dans notre organisation sociale, coutume et loi sont théoriquement égales, pratiquement pourtant, la loi est considérée comme supérieure. Or, l'ouvrage même de M. Gény, les lumières nouvelles qu'il a jetées sur le rôle exact qu'il convenait d'attribuer à la législation et aux codes, ont fait depuis leur apparition, progresser les idées.

Les obstacles logiques qui s'opposaient à l'admission de la coutume contraire à la Loi, ont été démolis par les études de si fine analyse sorties de sa

plume ; d'autre part aussi le Code a vieilli plus encore depuis la publication de son œuvre, en sorte que les esprits, à la fois mieux préparés par la lecture de ses travaux et plus impatients à cause des besoins plus urgents dont ils sont les témoins, n'ont pas hésité à renverser la dernière barrière qui protégeait la Loi. MM. Lambert et Cézar-Bru sont de ce nombre.

Le jurisconsulte, qui doit aujourd'hui participer à la création du Droit, qui doit être non plus seulement un interprète, mais « un expert en Droit » doit ne pas hésiter, écrit ce dernier « si les normes de droit écrites dans les codes ou dans les lois complémentaires nombreuses sont insuffisantes ou même contraires, parce que nées dans un état social différent, à proclamer cette insuffisance ou cette contradiction, à dire quelle doit être la règle nouvelle, à approuver la pratique extrajudiciaire qui en tente la réalisation et la jurisprudence qui la consacre (1) ».

Ceci n'est-il pas en effet très souhaitable ? Il est à craindre que le respect que M. Gény veut quand même conserver à la Loi ne soit d'une nécessité bien imaginaire. L'utilité qu'il y a à posséder « une juricité » claire et précise, n'exige peut-être pas le maintien de l'autorité légale aux cas mêmes où l'on comprend cette autorité néfaste.

Il ne s'agit pas en effet de remplacer la Loi par les conceptions purement subjectives et arbitraires de l'« expert en droit ».

Les esprit foncièrement pratiques qui se sont faits les promoteurs de ces idées d'émancipation juridique,

(1) Cézar-Bru, *op. cit.*, p. 343.

ne proposent rien de semblable. Ils accordent à l'expert la faculté de créer le Droit dans une très large mesure, mais en même temps, pour échapper à une incertitude qui serait désastreuse, ils limitent ce pouvoir nouveau par des règles objectives destinées à le préciser et le diriger. »

M. Lambert réserve, pour un second volume qui n'est pas encore publié, l'exposé des divers critères qu'il propose. Nous ne pouvons donc dès maintenant voir si le droit coutumier est bien compatible avec un minimum suffisant de netteté. Cela paraît pourtant devoir être. Le *droit commun international* que M. Lambert espère pouvoir faire sortir de ses études de droit civil comparé, comme aussi les *cautèles* extra-judiciaires ou clauses de style, nous semblent être des critériums très sérieux et très recommandables. Dans ces pratiques des gens d'affaires, dans ces précautions continuelles prises contre la loi, il y a, nous semble-t-il, un indice très manifeste que cette loi est inopportune, gênante, qu'il faut la réformer.

Mais, dira-t-on, il y a un organe spécialement chargé de procéder à cette refonte si elle est nécessaire : lui seul doit s'en charger. En réalité pourtant que nous importent les attributions théoriques du Parlement. Si, en fait, il est prouvé qu'il ne peut efficacement jouer le rôle que la théorie lui attribue, si la machine parlementaire est trop longue à mettre en mouvement pour maintenir l'harmonie entre les divers rouages de la société, pourquoi, plutôt que de laisser cette société souffrir d'une réglementation archaïque, ne pas laisser l'organe souple et vivant qu'est

la jurisprudence prendre part à ce que M. Lambert appelle *la politique civile*.

La meilleure raison pour lui permettre ce rôle est d'ailleurs, selon nous, qu'elle le jouerait quand bien même la permission lui serait refusée. Ce sera fait avec plus ou moins de franchise, plus ou moins ouvertement, plus ou moins vite, mais ce sera fait tout de même. Alors ne vaut-il pas mieux savoir nettement voir ce qui est vrai plutôt que s'aveugler devant des abstractions irréelles ? On saura que le juge peut faire le droit et on cherchera à lui faciliter la tâche, à la lui faire accomplir le plus utilement possible. On créera pour lui des sources d'information qui seront ses guides. M. Lambert nous paraît raisonner très juste quand il donne aux diverses sciences sociales : économie politique, statistique, sociologie, toutes solidaires entre elles, ce but unique ou au moins principal : éclairer le juge, lui faire voir les utilités sociales.

Et maintenant des exemples de tout cela : réalisés d'abord, parce que ce que nous appelons trop prétentieusement peut-être conception nouvelle est pratiqué depuis longtemps déjà ; à souhaiter ensuite, pour bien montrer le sens dans lequel la jurisprudence devrait s'orienter.

D'après l'article 2129 du Code Civil il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que tout autant que dans l'acte constitutif on a déclaré « spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur sur lesquels est consentie l'hypothèque ». C'est de cet article qu'est né le grand principe de la *spécialité* en matière d'hy-

pothèque. En fait, cette règle était gênante. Devant le morcellement extrême de la propriété les notaires eussent été souvent obligés à des énumérations interminables et peut être aussi à beaucoup d'erreurs. En pratique ils se bornent pour cela dans la plupart des cas à indiquer comme grevés d'hypothèque « tous les immeubles que le débiteur possède dans la commune ou même dans l'arrondissement hypothécaire » indiquant pour le surplus de façon sommaire la nature des immeubles. La jurisprudence bien que cette pratique fût une violation des termes exprès de l'art. 2129, l'a pourtant jugée satisfaisante et l'a sanctionnée plusieurs fois (1).

Les interprétations données par nos tribunaux aux art. 1121 ou 1382 ne sont aussi que des procédés employés pour violer ces textes.

Mais dans l'avenir il reste et il y aura encore plus à faire. M. Cézar-Bru signale deux intéressantes cautèles qu'il désirerait voir légaliser par les tribunaux. Il est de style, remarque-t-il, que dans toutes les constitutions d'usufruit l'usufruitier soit dispensé de fournir caution. Le juge déciderait juridiquement s'il appréciait la situation des parties comme si l'art. 601 C. C. était ainsi rédigé : « L'usufruitier n'est pas tenu de fournir caution, à moins que cette obligation ne lui soit imposée par l'acte constitutif ou par la loi. » Il faudrait, pour une même raison, modifier l'art. 1213 et décider que la solidarité entraîne indivisibilité de la créance vis-à-vis des héritiers du débiteur.

Devant ces clauses de style insérées dans tous les

(1) D. 67, I, 347 — D. 91, 5, 306 — D. 94, I, 566.

actes, il y a comme, le dit M. Lambert, un « indice très symptomatique » du droit. Les cautèles ce sont « les précautions et les ruses auxquelles les parties doivent nécessairement recourir pour éviter de tomber sous le coup de dispositions légales auxquelles elles n'entendent jamais se soumettre... » En sorte qu'il faut les respecter, car les règles anciennes n'ont d'autre utilité que celle-ci plutôt funeste « d'empêcher les laïques de se passer impunément du concours coûteux de l'homme d'affaires ». L'abrogation de ces règles n'aurait qu'un résultat : « Eviter les risques d'écrasement du faible et de l'ignorant par l'homme fort et retors » (1). On ne peut qu'être partisan de cette abrogation.

Pourquoi n'userait-on pas du même procédé pour reconnaître aux femmes mariées, même communes en bien, ce droit de disposition sur leurs salaires que tous les organes du féminisme revendiquent pour elles avec tant d'ardeur ? Cette réforme, qui intéresserait surtout la classe ouvrière si méconnue en 1804, ne serait que la consécration d'une utilité pratique. En fait les patrons payent en général directement leurs salaires aux femmes mariées qu'ils emploient et celles-ci les consacrent aux dépenses du ménage. Ne pourrait-on décider d'après cette pratique que le mari n'a pas plus le droit de toucher le salaire de sa femme que celui d'en disposer ? Tant d'anomalies encore si gênantes et qui ne se perpétuent que parce qu'elles proviennent d'un texte de loi formel ne tarderaient ainsi pas à disparaître pour le plus grand bien de cha-

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 818 et s.

cun. Et ceci n'est pas impossible : la jurisprudence a bien vu dans l'art. 1798 une action directe au profit d'ouvriers qui, d'après les termes de cet article, ne devaient jouir que de l'action oblique de l'art. 1166. — Comme le faisait ingénûment observer M. Beudant, il existe très réellement une vieille ordonnance jamais abrogée qui interdit de « pétuner dans le royaume ». Pourquoi ne l'applique-t-on pas ? Parce qu'il y a nécessité à ce qu'elle ne le soit pas. Entre cette conséquence et celles auxquelles nous voulons aboutir il n'y a qu'une question de plus ou de moins qui sépare.

La vieillesse de notre codification ouvre un conflit chaque jour plus âpre entre le droit écrit et la liberté du juge. Pour régler ce conflit il ne faut pas refouler et méconnaître des tendances issues de nécessités pratiques et d'ailleurs pour cela irrésistibles. Il faut, au contraire, favoriser ces tendances, aider à cette évolution qui se manifeste si nettement et, pour augmenter la liberté de l'interprète, le meilleur moyen n'est-il pas de lui créer des lignes de conduite placées hors des atteintes de son arbitraire, qui soient comme les digues sont aux torrents, ne faisant pas obstacle à son libre cours, mais préservant des ravages que pourraient causer ses écarts.

Cherchons donc, dès maintenant, les règles qui doivent limiter la liberté du juge de façon à rendre plus féconde cette liberté que nous proclamons.

Ces conceptions nées des œuvres les plus modernes ne sont-elles pas l'argument *a fortiori* que nous recherchions ? L'erreur commune portant sur le Droit n'a qu'un effet : déroger à la loi. Si l'on admet que cette loi peut même être abrogée ne peut-on pas

plus encore admettre la simple dérogation que nous proposons?

La distinction que l'on a voulu faire entre l'erreur de droit et l'erreur de fait n'est donc pas fondée. L'une comme l'autre fait le droit. Voyons maintenant de quelle nature de droit il s'agit. L'erreur commune ne crée pas, par cela même qu'elle est une erreur, le droit objectif.

B. — *L'Erreur commune crée-t-elle des droits subjectifs ?*

Dans toutes les hypothèses où l'erreur commune doit entraîner la validité d'un acte de l'état civil ou d'un acte notarié, doit faire admettre équivalence de la capacité putative à la capacité réelle, il n'est pas d'auteur qui refuse à raison seulement de ces effets, en admettant qu'il n'ait pas d'objection à faire soit au point de vue du principe même comme Laurent, soit à cause de la nature ou de l'objet de l'erreur, d'accepter dans ces cas l'efficacité de cette erreur commune.

Quand au contraire l'erreur commune doit avoir pour résultat de transférer des droits d'une valeur directement appréciable en argent, d'une façon générale des droits réels, plusieurs jurisconsultes qui ne sont pas réfractaires en principe à l'application de la maxime « *Error communis...* » refusent dans ce cas d'en admettre les effets.

C'est ainsi que Toullier (1), Duranton (2), Troplong

(1) Toullier, V n° 287. Cf. III n° 407.
(2) Duranton, I, 565 et s., Cf. IX, n° 109.

(1), Marcadé (2), sont bien d'avis qu'en vertu de notre adage, la capacité putative des témoins instrumentaires doit « équipoller » à leur capacité réelle, mais ne veulent point cependant accepter qu'à raison de l'erreur invincible qu'il a partagée l'acquéreur de l'héritier apparent puisse rester propriétaire des biens acquis, malgré la revendication du véritable héritier exercée contre lui.

Cette question des actes de l'héritier apparent a servi plusieurs fois déjà à l'illustration de cette thèse. Nous avons cité tout au long une espèce très intéressante (3), autant par la complication des évènements qui l'avait créée que par l'importance des capitaux en cause, où cette question se trouvait directement posée. Elle se présente assez souvent dans la pratique pour avoir attiré à plusieurs reprises déjà l'attention des auteurs, et pour que suivant l'expression consacrée toute une littérature juridique soit née sur ce sujet. Il est maintenant nécessaire pour compléter notre étude que nous fassions une lumière complète sur les principes de droit qui peuvent permettre de solutionner équitablement cette difficulté juridique, d'étudier auparavant en quels termes le problème se pose, quels sont les précédents existant à son sujet, par quelles règles on peut prévoir que l'interprète se laissera sur ce point influencer.

(1) TROPLONG, *des Hypot.* n° 468. — *Ventes* n° 966. — Cf. Donat. et test. n° 1686 et 1687.

(2) MARCADÉ, art. 137, n° 4. — Cf. art. 980.

(3) *Journal du Palais* 1901, I, 209. (V. ci-dessus p. 23 et s.)

I. — Doctrines émises sur la question des actes de l'héritier apparent

A. — *Actes pour lesquels il n'y a pas de discussion.*

Pour certains des actes accomplis par l'héritier apparent, soit parce que des textes formels empêchent le litige de s'étendre à propos d'eux, soit parce que pour des raisons spéciales l'accord a pu se faire à leur sujet, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à convenir qu'on doit admettre leur validité.

Ainsi à propos des *paiements* effectués à l'héritier apparent par les débiteurs du *de cujus*, la controverse n'est pas née. Tout le monde reconnaît qu'en vertu de l'article 1240 du Code civil ces paiements doivent être considérés comme valables. Laurent lui-même ne songe pas à le contester (1). « Les paiements faits par les débiteurs, dit ce texte, entre les mains du possesseur de la créance sont valables et libératoires » et on l'interprète même assez largement. On admet la validité des paiements, si le créancier apparent étant héritier en vertu d'un testament mystique n'a pas rempli la formalité de l'article 1008 (2) — ou si étant successeur irrégulier il n'a pas été régulièrement envoyé en possession (3), car l'article 1240 n'exige

(1) Cf. Laurent, T. IX, n° 557. — Huc, T. V. n° 272. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, I, n° 1230.

(2) *Journal des Arrêts de Grenoble et Chambéry, 1868*, 1, 40.

(3) Huc, T. V. n° 150. — Laurent, T. IX, n° 567. — Cf. Aubry et Rau, T. VI, § 639, p. 713. — Demolombe, T. XIV, n° 253.

que la qualité de possesseur et qu'on peut l'être sans envoi en possession régulier. On n'exige pas non plus que la qualité d'héritier apparent soit constatée par acte de notoriété ou inventaire. Il suffit qu'elle résulte de la notoriété publique.

A cause de l'art. 2279 du Code Civ. pas de désaccord non plus qui soit possible, pour tous les actes de disposition concernant *les meubles*. L'acquéreur, étant par hypothèse de bonne foi, en devient propriétaire par le seul fait qu'il lui en est fait tradition (1).

Il semble enfin que l'on veut aussi reconnaître la validité des actes de l'héritier apparent, quand on peut dire que ces actes n'ont été que des actes *d'administration*. Ce n'est pourtant pas en vertu de la maxime « *Error communis...* » que l'on arrive à ce résultat. L'on raisonne simplement par analogie. L'article 1240, dit-on, ne valide les paiements que parce que ce sont des actes d'administration: ces paiements étaient nécessaires. Mais le même caractère de nécessité se retrouve dans les actes d'administration; on doit donc leur étendre le même privilège. L'article 790 n'oblige-t-il pas aussi l'héritier renonçant qui revient sur sa renonciation à respecter les actes d'administration faits entre temps (2)? Toutefois ces arguments ne paraissent pas convaincants pour tous. L'article 1240, fait-on observer, est excep-

(1) PLANIOL, III. p. 603.

(2) D. P. 47, II. 30. — *Pasicrisie belge 1847*, I. 313. — DEMOLOMBE, t. II, 237 — XIV. 239 — XV, 35, 163. — GUILLOUARD Louage, I. 38. — FOLLEVILLE, *Revue pratique 1871*, page 32. — TROPLONG Louage, I. 38.

tionnel et on ne peut étendre sa décision par analogie. Quant à respecter les actes d'administration parce qu'ils étaient au fond utiles au propriétaire, l'argument n'a non plus aucune valeur parce qu'il est certain que si le propriétaire les attaque c'est précisément parce qu'ils ont nui à ses intérêts? (1) Enfin l'article 790 ne prouve rien ; il prévoit un cas où il s'agit d'acte émanant d'une personne ayant un droit (2), tandis que l'héritier apparent est au contraire sans droit (3).

Cette dernière considération repose sur un principe bien connu dont l'art. 1599 Code Civ. déclarant nulle la vente de la chose d'autrui n'est qu'une application : « *Nemo dat quod non habet* » ou sous une autre forme « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ». Ce principe a fait la force de tous ceux qui ont soutenu la nullité des actes de disposition de l'héritier apparent. Pour en comprendre la valeur il est donc préférable de passer en revue les diverses phases suivies par l'évolution historique de cette question.

(1) On ne peut dire qu'il y a *gestion d'affaires* puisque le maître refuse précisément de ratifier.

(2) Tant que l'héritier renonçant n'est pas revenu sur le parti qu'il avait pris, le successible, qui venait après lui, avait un droit ferme.

(3) Duranton, t. XVII, n° 135. — Laurent IV, 558. — Baudry-Lacantinerie, *Précis I*, 1246. — Huc, V. 273.

B. — *Evolution historique des Doctrines en cas d'acte de disposition*

I. — Les premiers commentateurs du Code civil, Merlin (1) et Toullier (2) qui par l'éclat de leurs polémiques ont donné la célébrité à cette question des actes de l'héritier apparent ont voulu remonter jusqu'au *droit romain*.

La loi 25 *Dig.* « *De petitione hæreditatis* », fut le thème de leur discussion. Ulpien suppose dans ce texte que le possesseur de bonne foi d'une hérédité a disposé en faveur de tiers de biens héréditaires. L'héritier véritable exerçant l'action en pétition d'hérédité, quels résultats pourra-t-il obtenir? En réponse à cette question les principes suivants sont énoncés : le possesseur de bonne foi d'une hérédité n'est tenu, lorsqu'il en est évincé, que de rendre les biens encore existants en sa possession ; à l'égard de ceux qu'il a mis hors de ses mains il ne doit rendre que ce qui lui reste de leur valeur. Il n'est tenu en un mot que « *in quantum locupletior factus est* ». Si donc on se demande quels seront vis-à-vis des tiers acquéreurs les effets de la *petitio hæreditatis* exercée par le véritable héritier contre l'héritier apparent de bonne foi, on doit dire que la revendication est en principe recevable contre ces tiers acquéreurs car ils ne tiennent par leur droit du « *verus dominus* » ;

(1) Merlin, *Questions de Droit*, V° *Héritier* § III, 4°, 4e édition, Bruxelles, 1828.

(2) Toullier, t. IV, n° 289. — T. VII, n° 31 et s.

mais exceptionnellement et par application de cette règle que le possesseur de bonne foi n'est tenu que « *in quantum...* » ils ne seront pas sujets à restitution toutes les fois que contre leur vendeur, héritier apparent, ils auront un recours en garantie. Par suite de ce recours l'héritier putatif se trouverait en effet en perte ce qui serait contraire au principe indiqué.

On doit observer que ce cas que l'on présente comme l'exception sera plutôt la règle générale : souvent il arrivera que le possesseur de bonne foi ayant consommé une partie du prix de vente perdrait, s'il fallait qu'il remboursât à ses acheteurs ce prix seulement ; — plus souvent encore il leur devra en sus de ce remboursement des dommages-intérêts et perdrait alors, même s'il n'avait encore rien dépensé des fonds versés par eux.

Quelle qu'ait été en tout cas la portée de l'exception, l'étude de cette L. 25 D. constate un fait acquis : au temps d'Ulpien, dans un cas au moins, l'on admettait que les acquéreurs de l'héritier apparent ne pouvaient être évincés.

A notre avis on ne peut rien en déduire de plus et comme n'a pas manqué de le lui faire observer son contradicteur Toullier, Merlin a eu tort quand, dans ce texte d'Ulpien, il voulut voir pour tous les cas la reconnaissance de validité des actes de disposition de l'héritier apparent, quand surtout il prétendit en dégager cette loi : que les tiers acquéreurs de l'héritier apparent pouvaient, à raison de leur bonne foi propre, repousser la revendication exercée contre eux par le véritable héritier.

Ulpien, en réalité, ne se préoccupe pas de la situation des acquéreurs. Il n'étudie les effets de la « *petitio hæreditatis* » que dans les rapports entre l'héritier apparent et le véritable héritier (1). On ne peut donc voir dans ce texte une solution donnée en Droit Romain au problème qui nous intéresse. Il importe pourtant à notre avis de remarquer que si ce problème n'a pas à Rome paru présenter la même importance que chez nous, c'est précisément parce que dans la plupart des cas, en vertu de règles qui,

(1) *Avant le règne d'Hadrien « l'usucapio pro hærede »* était licite. Le possesseur *pro hærede* était considéré comme une sorte d'administrateur, comptable jusqu'au jour de l'usucapion non seulement des choses héréditaires qu'il avait encore, mais de l'hérédité même dont il avait assumé la charge et qu'il devait, telle qu'elle aurait été s'il l'avait bien administrée. Il s'ensuit que s'il avait aliéné les biens héréditaires dans son intérêt personnel et propre, il était tenu de toute leur valeur à moins qu'ils ne fussent détruits ou déjà usucapés. — S'il les avait au contraire aliénés dans l'intérêt de l'hérédité il ne devait rendre compte que du prix qu'il avait reçu. Mais dans les deux cas peu importait qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi. — *Sous Hadrien* on trouve injuste cette institution de l'*usucapio pro hærede* qui donne une sorte de prime à l'usurpation. Le Scs. Juventien, rendu en 129 après Jésus-Christ, distingue entre le possesseur de bonne et celui de mauvaise foi. Tandis que celui-ci doit restituer au « *petitor* » tout ce qu'il aurait trouvé si la succession avait été bien administrée ou tout ce qui s'y trouve en fait, le possesseur de bonne foi doit rendre tout au plus ce dont il s'est enrichi. C'est en vertu de ce Scs. Juventien qu'il n'est tenu que « *in quantum locupletior factus est* » et dans la pensée d'Ulpien c'est au possesseur de bonne foi seul, c'est-à-dire à l'héritier apparent que sont destinées les faveurs pouvant résulter de sa décision. Il ne s'inquiète point des tiers acquéreurs.

à vrai dire, n'avaient pas pour but direct de protéger leur situation, mais qui, en fait, arrivaient cependant à ce résultat, les tiers acquéreurs de l'héritier apparent échappaient aux revendications d'un propriétaire qu'ils n'avaient pu connaître et que de légitimes intérêts ne se trouvaient ainsi pas méconnus. Ou bien l'héritier apparent était de mauvaise foi et il devait être alors rare que l'acquéreur pût justifier d'une erreur excusable : il est probable qu'il avait dû commettre quelque imprudence. Ou bien le possesseur de l'hérédité était de bonne foi ; mais alors, dans la grande majorité des cas, celui qui avait acquis de lui un bien héréditaire avait droit en cas d'éviction à l'action en garantie. Par suite des principes déduits par Ulpien du sénatus-consulte Juventien, il échappait ainsi à la revendication : ce qui empêchait qu'il y eut injustice. Si exceptionnellement cet acquéreur n'avait pas l'action en garantie c'est que : ou bien il avait consenti à courir quelque risque, ou bien il avait acquis à titre gratuit. Dans l'un et l'autre cas il n'y avait pas ce conflit d'intérêts en apparence aussi respectables les uns que les autres qui a valu tant de passionnants débats autour de notre question. Par le simple jeu d'autres principes le problème se trouvait équitablement réglé. Si l'on observe que le Droit ne naît que de la lutte des intérêts froissés, qu'il n'apparaît comme règle objective ayant pour but de règlementer les activités que quand des conflits se sont produits ou sont à craindre, il est facile de comprendre pourquoi les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir porté leur attention sur la cause des tiers

acquéreurs : c'est que les principes généraux du Droit Romain les protégeaient suffisamment.

En résumé, s'il ne faut pas prétendre tirer du Droit Romain des arguments de texte péremptoires pour la question qui nous occupe, comme a voulu le faire Merlin, il est, par contre, bon de faire observer que ce droit ne paraît pas avoir protégé les tiers acquéreurs de l'héritier apparent parce que ces tiers étaient indirectement, naturellement si l'on veut, protégés, et non parce que leur situation avait paru pouvoir être sacrifiée. Si le Droit, produit historique, peut se dégager des faits passés, il importe de ne pas laisser croire qu'à une époque quelconque, tels intérêts n'ont pas été respectés, alors que leur méconnaissance, que l'on déduirait comme actuellement possible, pourrait nuire profondément à la vie sociale.

II. — Merlin et Toullier continuent leur discussion à propos de l'*ancien droit*. Il serait vraiment oiseux de suivre leurs débats dans toute leur longueur et de commenter après eux les textes plus ou moins probants de Lebrun. Signalons seulement les différences qui séparent cette époque de celle du Droit Romain.

On a cessé d'admettre que l'héritier putatif de bonne foi ne soit tenu que dans la limite de son enrichissement. Il doit rendre tout ce qu'il a reçu (1). Cependant on continue à décider que les tiers acquéreurs sont à l'abri de toute éviction. D'après le nouveau Denisart : « Tous les actes passés par le parent éloigné, héritier apparent, pendant le temps qu'il

(1) POTHIER, *Traité de la Propriété*, n° 430.

était connu comme tel, doivent être entretenus par le parent le plus proche, véritable héritier, venant à réclamer la succession (1) ». On assiste donc à ce curieux phénomène ; les jurisconsultes, quoique abandonnant la règle comme conséquence de laquelle on admettait la validité des actes faits par l'héritier apparent, proclament toujours la validité de ces actes. Aussi dès cette époque cherche-t-on une justification à ce résultat d'apparence antijuridique (2).

III. — Le *Code Civil* ne reproduisit pas la règle romaine issue du *Scs. Juventien*. L'héritier putatif est tenu jusqu'à concurrence de tout ce qu'il a reçu. S'il a aliéné, il doit rendre tout le bénéfice qu'il a retiré de ces aliénations, même si ce bénéfice a déjà été dissipé par lui. On ne peut donc expliquer comme à Rome l'échec du « *petitor* » actionnant en revendication les tiers acquéreurs.

On a pourtant raisonné souvent encore comme si nous étions régis toujours par les mêmes lois et quelques-uns des systèmes proposés par des auteurs contemporains ne peuvent être vraiment compris que si l'on a déjà une intelligence suffisante des opinions reçues aux époques antérieures.

On a en effet prétendu que les actes d'aliénation ne devaient être validés que si : 1° l'héritier était de bonne foi ; 2° si la somme payée par lui sur le recours en ga-

(1) Nouveau Denisart, V° *Héritiers*, § 2 n° 16.

(2) Parlement de Toulouse, 17 juin 1739 — Flaust : Cout. de Normandie, I p. 9. On se fonde sur ce que l'héritier véritable est *en faute* d'être resté inactif.

rantie de l'acquéreur était supérieure à la valeur qu'il aurait à restituer à la suite de la pétition d'hérédité (1). Ce sont des vestiges manifestes des vieux textes d'Ulpien. Mais nous l'avons dit déjà, le Code civil ne consacre nullement la théorie romaine. Le possesseur de bonne foi, celui de l'hérédité comme celui des biens particuliers, n'a d'autre avantage que d'avoir droit aux fruits, et aux impenses faites. Sauf ces restrictions il doit rendre tout ce dont son patrimoine s'est indûment augmenté. Aussi n'est-ce pas cette argumentation qui a été généralement suivie.

Toute la tactique des partisans de la validité a été, peut-on dire, une tactique négative. Leurs adversaires leur opposent la règle : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » consacrée par les articles 1599 et 2182 du Code Civ. Ils s'efforcent de se soustraire à l'application de ces articles, de nier que cette validité en soit la violation.

Merlin le premier avait répondu à cette objection présentée par Toullier. Les Romains, faisait-il remarquer, acceptaient eux aussi le principe : « *Nemo plus juris...* » Ils admettaient pourtant la validité des actes d'aliénation de l'héritier apparent. La règle ne doit donc être admise en droit français qu'avec ses anciennes exceptions (2). Mais cette réponse n'était pas suffisante. L'exception n'était pas aussi certainement admise par les jurisconsultes romains que le prétendait Merlin.

Divers *arrêts de 1814 et 1815* qui refusaient d'ad-

(1) Pandectes françaises, V° *Succession.*

(2) Merlin, *Questions de Droit*, V° *Héritier*, § 14, 4°.

mettre la revendication contre l'acquéreur de bonne foi, expliquèrent leur décision d'une autre façon : « Attendu, dit l'un d'eux, rendu par la Cour de Caen le 11 février 1814, qu'en droit il est constant que suivant l'ancienne jurisprudence... celui qui a acquis d'un héritier apparent... toutes les fois qu'il a été reconnu de bonne foi a été maintenu dans son acquisition parce qu'en pareil cas le nouvel héritier a dû s'imputer la faute de ne s'être pas présenté plus tôt. » C'était donc une idée de responsabilité que faisait valoir cet arrêt. Mais pourquoi alors exiger que l'acquéreur fût ou non de bonne foi ? Cela pouvait-il influer sur la responsabilité du *verus dominus* ?

La Cour de Cassation ayant dû apprécier cet arrêt de la Cour de Caen, en confirma le dispositif. Mais dans ses attendus elle eut recours prudemment à des motifs d'un sens plus vague : « Attendu... que l'arrêt dénoncé est fondé sur une *ancienne jurisprudence* conforme au droit romain et soutenue par les *motifs les plus puissants d'ordre et d'intérêt public* ; qu'elle se concilie avec les articles prétendus violés du Code civil qui n'ont statué qu'en principe et règle générale (1) ...» Ces considérants plus habiles pour leur imprécision même, n'avaient cependant pas une valeur bien péremptoire. L'appel qui y était fait à des considérations d'utilité publique, montrait la pauvreté juridique de l'argumentation. Quant aux articles 1599 et 2182 auxquels il était fait allusion, la Cour prétendait qu'ils n'avaient qu'une portée relative. Mais c'était là une

(1) S. 1815, I, 286.

pure affirmation arbitraire. Il fallait des arguments plus forts.

En fait, pendant longtemps les tribunaux hésitèrent. Certaines décisions se rangeant à l'avis de Merlin validèrent les actes de disposition accomplis par l'héritier apparent (1), exigeant parfois en souvenir du droit romain qu'il y eût bonne foi chez l'héritier apparent lui-même. D'autres, au contraire, en furent pour la thèse de Toullier et inflexiblement annulèrent (2).

En 1843 par trois arrêts demeurés fameux, la Cour de Cassation reprit avec des arguments nouveaux la thèse de la validité (3).

Elle s'appuyait d'abord sur des considérations d'*équité*. L'équité veut que celui qui a cédé à une erreur invincible ne devienne pas victime de sa bonne foi et que, s'il y a une perte à supporter, elle le soit plutôt par l'héritier peut-être négligent que par le tiers qui n'a aucune faute à se reprocher. La bonne foi devait dans la balance de la justice l'emporter sur l'inertie ou la négligence. — Mais les considérations d'équité, fait-on souvent observer, ne doivent pas suffire à déterminer l'opinion d'un interprète du droit.

« Sans doute il serait très avantageux à une bonne administration de la justice qu'une loi tînt compte de l'erreur invincible des tiers de bonne foi (4). » Mais d'après les conceptions courantes dont il faut

(1) S. 34, 2, 543 — 35, 2, 294 — 38, 2, 201 — 40, 2, 168.
(2) S. 36, 2, 290 — 38, 2, 492 — 36, 2, 289.
(3) D. 43, I. 49.
(4) G. LE MOIGNE, *Erreurs en matière civile*. Thèse Paris 1869.

quand même, tant qu'elles existent, tenir compte, le juge ne peut accorder de telles faveurs que si la loi le lui permet. Or, il est certain, puisque c'est la donnée principale de l'hypothèse même, que l'héritier véritable a droit aux choses aliénées. Pour conserver aux acquéreurs la propriété de ces choses il faut démontrer que cette propriété a été transférée légalement de l'ayant droit à cet acquéreur ; si cette démonstration n'est pas faite celui-ci doit être évincé.

Il est vrai que les magistrats de la Cour de Cassation renforçaient leurs considérations utilitaires d'arguments d'analogie tirés de certains textes. Les articles 1240, 132, 790 du Code civil ne permettaient-ils pas le traitement favorable dont ils entendaient faire bénéficier le tiers acquéreur ? L'un maintenait la validité des paiements faits à l'héritier putatif par le débiteur de bonne foi; l'autre déclarait que l'absent devait respecter les actes accomplis par les envoyés en possession définitive, le troisième enfin obligeait l héritier renonçant qui revient sur sa renonciation à respecter les actes d'administration de celui qui était venu à la succession après lui. En réalité ces arguments étaient bien faibles. On pouvait soutenir d'abord que les textes cités n'étaient que des exceptions, confirmant donc la règle générale. L'article 790 ne visant que les actes d'administration, on pouvait aussi en tirer pour les actes de disposition un argument *a contrario*. Ces trois textes, en tout cas, ne prévoyaient que des hypothèses bien différentes de celle en jeu, puisque dans toutes, l'acquéreur tient son droit d'une personne qui ayant elle-même

un droit pouvait légitimement l'avoir transmis et que l'héritier putatif étant sans droit ne peut au contraire avoir transmis à son ayant cause plus qu'il n'avait lui-même.

Sans heurter de front cette règle : « *Nemo plus juris...* » dont par leur respect même ils semblaient ainsi attester implicitement la valeur, les magistrats de la Cour suprême s'efforcèrent de prouver qu'elle n'était pas violée. Les arrêts de 1843 sont précisément remarquables parce qu'ils inventent en ce sens un raisonnement nouveau.

On dit que l'héritier putatif est sans droit ; mais c'est faux, soutint la Cour suprême, et par sa fameuse théorie de la *saisine collective* elle prétendit que cet héritier avait un droit propre, reconnu par la loi elle-même dans l'article 724 (1). Ce système était malheureusement plus original que fort. On n'eut pas de peine à répondre (2) que ce n'est pas la saisine qui donne la propriété des biens héréditaires mais seulement l'acceptation, que cette acceptation est rétroactive (3) et que jusqu'à sa renonciation, seul l'héritier premier en degré est propriétaire. D'ailleurs ce système de la saisine collec-

(1) Baudry-Lacantinerie. *Traité des Successions I,* 1255 admet en vertu de la même idée qu'il faut que l'héritier soit investi d'une vocation légale. (Cf. *Revue Critique 1902,* J. Charmont, p. 16 et s.)

(2) Duranton, Cours de Droit français, 4e édition. Paris 1844-I. p. 480.

(3) Il n'y a donc pas à faire application de la règle « *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, car le droit n'a jamais existé même sous condition résolutoire. (Cf. Huc, *op. cit.* I, 452.)

tive aboutissait à des résultats insuffisants : quand l'héritier putatif n'était pas un héritier légitime on ne pouvait dire qu'il tirait de sa saisine le droit d'aliéner ; il peut pourtant, comme dans l'affaire de la Boussinière, se présenter des cas très intéressants bien que l'héritier tire son droit d'un testament ou qu'il soit successeur irrégulier.

Demolombe (1), adoptant la même ligne de défense, crut pouvoir avec plus de succès prouver qu'il n'y avait pas violation de l'adage : « *Nemo plus juris...* » en démontrant par un autre argument qu'il y avait eu au tiers acquéreur transmission régulière du véritable ayant droit. Au lieu de dire comme la Cour de Cassation que l'héritier apparent a un droit propre il reconnaît que l'héritier véritable est le seul ayant droit légitime, mais par son silence, cet héritier a donné *mandat* au putatif d'aliéner les biens héréditaires, mandat tacite, que reconnaît même la loi dans l'article 136 du Code civil, qui peut donc être un mandat légal. Ainsi le tiers acquéreur, quoique indirectement et par l'intermédiaire d'un représentant, aurait acquis du véritable propriétaire. A plusieurs reprises les tribunaux ont adopté cette argumentation (2).

Cette théorie n'était pourtant pas plus forte que les précédentes. On a objecté que conformément à l'article 1988 le mandat ne peut conférer que des pouvoirs d'administration (3). Il aurait à notre avis mieux encore valu répondre que le mandat suppose essen-

(1) Demolombe, *op. cit.* II, 249.

(2) D. 77. I. 429 — 79. I. 417.

(3) E. Millet, *Erreur et bonne foi.* Thèse Paris 1871, p. 273.

tiellement le consentement du mandant et qu'il est vain de supposer l'existence d'une volonté, alors surtout qu'il est certain, en fait, qu'elle n'a jamais existé.

Comme la théorie de la saisine collective, celle du mandat tacite ne valait que comme preuve de la fécondité d'imagination de son auteur. Elle restait sans effet contre l'objection tirée de la maxime: « *Nemo plus juris...* » parce qu'elle ne pouvait établir d'une façon satisfaisante que le tiers acquéreur était l'ayant cause d'un légitime ayant droit.

Dans un article publié en 1862 dans la *Revue pratique* (1) un auteur, *M. Jozon,* essaya, en faisant sien et développant un argument de la doctrine (2) et des tribunaux, d'arriver par la théorie de la responsabilité à justifier la validité des actes de l'héritier apparent. C'est en vertu de l'article 1382 du Code civil que l'on doit, dit-il, faire triompher le tiers acquéreur. Le véritable héritier est en faute vis-à-vis de lui car il aurait dû l'avertir de l'existence de son droit. C'est ainsi que si, en vertu de l'article 2005, le mandant est tenu vis-à-vis de ceux qui ont traité avec le mandataire dans l'ignorance où ils étaient de sa révocation, ce n'est point en vertu du mandat, puisque par hypothèse même il est révoqué ; c'est parce qu'il a commis une *faute* à l'égard de ces tiers. De la même manière s'expliquerait la disparition des droits du cessionnaire d'une créance, quand, notification de la

(1) *Revue pratique 1862,* T. XIV. *Aliénations consenties par l'héritier apparent,* Jozon.

(2) Solon, *op. cit.,* II. p. 161.

cession n'ayant pas été faite au débiteur, celui-ci a de bonne foi payé au créancier cédant ; ou aussi du droit de propriété d'un acheteur quand ayant omis de faire transcrire son titre, son immeuble a été vendu une seconde fois à un tiers. « C'est sur une idée de *faute* qu'il faut fonder, conclut l'auteur de cet article, la validité des aliénations consenties par l'héritier apparent. »

Nous avons indiqué déjà les défauts de ce mode d'argumentation. La faute n'existera pas toujours. Elle sera réelle si pendant plusieurs années, sans autre raison que son caprice ou son indolence, le véritable héritier ne donne pas de ses nouvelles et reste muet. Mais on peut concevoir par contre une foule d'hypothèses où aucune négligence ne pourra lui être reprochée : quand par exemple un testament qui l'institue légataire n'a pas été produit ; quand un testament falsifié a, comme dans l'espèce connue des de la Boussinière, fait malgré ses efforts, attribuer par les juges la possession de l'hérédité à un individu sans droit. Dans ce cas notamment, M. Jozon aurait dû, s'il était sincère, évincer les tiers acquéreurs. Sa théorie est donc fausse puisqu'elle est insuffisante.

S'il est intéressant de l'avoir rappelée c'est qu'on en a pourtant retenu quelque chose. Ceux qui soutiennent aujourd'hui la validité des actes d'aliénation de l'héritier apparent ne recherchent plus une conciliation entre la solution qu'ils proposent et la règle : « *Nemo plus juris...* »

On ne s'efforce plus de prouver par des moyens ingénieux que l'acquéreur tient son droit d'un ayant

droit véritable. Peu importe que l'héritier apparent soit ou non propriétaire ou représentant du propriétaire. On interprète mal la règle : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » si on prétend en déduire que le tiers acquéreur ne peut avoir plus de droit que son vendeur. Cet acquéreur a en réalité un droit parce qu'il l'a acquis par un mode originaire : sa bonne foi invincible. La vente, la transmission des biens héréditaires que lui a consentie l'héritier putatif, n'est pas la cause de son droit, elle est seulement l'occasion à propos de laquelle ce droit est né.

Cette doctrine n'a pas encore été formulée aussi nettement. On peut cependant la dégager de l'arrêt de la Cour de Cassation rendu en 1900 (1), où l'on n'invoque que des considérations d'ordre public et d'intérêt général sans plus discuter au point de vue des constructions juridiques. Les conceptions actuelles ne sont d'ailleurs pas contraires à cette nouvelle façon de juger.

II. — Fondement Juridique de la Validité des Actes de l'Héritier apparent

Les magistrats de la Cour de Cassation dans leur dernière jurisprudence ne cherchent plus à se soustraire à l'application de la règle : « *Nemo plus juris...* » Mais à cause de cette violation, les tribunaux belges et un fort parti dans notre propre doctrine refusent de se ranger à leur avis. Il importe donc

(1) D. 1900-I. 33. — Palais 1901-1-20.

d'examiner si cet adage mérite à ce point d'être respecté.

Personne, dit-on, ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, ou ce que l'on traduit par une formule qui paraît équivalente : personne ne peut acquérir plus de droits que n'en a celui de qui on les acquiert.

Pratiquement ces règles, quoique confirmées en apparence par des textes fort précis du Code civil, sont constamment violées et toutes les explications auxquelles on a eu recours pour expliquer ces violations sont demeurées insuffisantes. Dans certains cas on transmet des droits que l'on n'a plus : ainsi le défunt n'a plus les droits qu'il transmet cependant à ses héritiers. Dans d'autres hypothèses on acquiert au contraire moins que ce qui est transmis : ainsi dans tous les cas où il y a une donation sujette à rapport, réductible à la qualité disponible ou révocable. En réalité, comme l'a fait remarquer M. Lévy (1), jamais on ne transmet plus de droits, ni moins de droits, ni autant de droits qu'on en a, attendu qu'à proprement parler on ne transmet jamais de droit, qu'à chaque transfert, dans chaque contrat, il y a au fond création d'un droit nouveau. Qu'il s'agisse d'un créancier ou d'un propriétaire, jamais on ne tient son droit d'autrui. »

Logiquement, certains auteurs allemands ont même démontré, par un raisonnement subtil mais pourtant très exact, que l'on ne pouvait jamais transmettre ce que l'on a. « L'aliénation, dit l'un d'eux (2), du côté

(1) Lévy, *Preuve par Titre*... p. 88 et 89.

(2) Thon, *Rechtsnorm und subjektives Rechts*, 1878, p. 327.

du propriétaire, transfère la propriété qui est par là l'objet de l'aliénation ; par suite le pouvoir qui transfère la propriété ne peut pas être un élément de cette propriété... Ce qui est transféré ne peut pas être en même temps ce qui transfère. La propriété est la condition ordinaire pour l'efficacité juridique d'un acte de disposition sur cette propriété, mais non la source et le fondement de ce pouvoir. »

L'adage : « *Nemo plus juris...* » ne mérite donc pas d'être respecté comme certains le prétendent. N'y a-t-il pas dans ces prétentions un vestige de l'influence exercée jadis sur les esprits par la vieille théorie du droit naturel ?

Si, on se le rappelle, elle reconnaissait en effet à l'homme des droits antérieurs et supérieurs à toute société, lui appartenant par sa seule qualité d'homme, « dérivant de l'éminente dignité de la personne humaine (1) ». L'homme aurait des droits par cela seul qu'il est homme ; il les aurait en tout cas indépendamment de l'existence de toute société. Si pratiquement la théorie du contrat social de Rousseau aboutissait à ne reconnaître comme droits actuels que ceux reconnus par la société, ou mieux par son organe la loi, rationnellement cependant cette théorie même, aboutissait à la reconnaissance de droits antérieurs et supérieurs à la société, puisque par hypothèse il était admis qu'avant d'être unis par un contrat les hommes avaient vécu isolément et à l'état de nature, ayant déjà dans cet état des droits.

(1) Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 646.

M. Duguit (1) a critiqué avec grand talent cette conception en en faisant ressortir les faussetés.

« Dans une semblable doctrine, dit-il, tout homme est titulaire de droits véritablement subjectifs, avant même qu'il ait fait un acte de volonté particulier. Ces droits constituent une qualité inhérente de l'homme... ils ne résultent pas de ses relations avec les autres hommes... la liberté individuelle avec toutes ses conséquences, liberté d'aller et de venir, liberté d'exprimer ses pensées par la parole ou par l'écriture, liberté de manifester ses croyances religieuses, la propriété, sont des qualités de l'homme pris comme tel. Elles lui sont aussi inhérentes que telles propriétés à telle forme géométrique. »

Or cette théorie du droit naturel est fausse parce qu'elle repose sur une notion hypothétique de l'homme isolé. L'homme est en réalité à la fois et inséparablement individuel et social.

En fait les hommes ne vivent pas à l'état d'isolement que supposaient les rationalistes. L'homme est par essence un être sociable qui ne peut même vivre qu'en société. Les hommes ont des besoins communs qu'ils ne peuvent satisfaire qu'en commun ; ils ont aussi des aptitudes différentes et des besoins divers qu'ils ne peuvent satisfaire que par un échange de mutuels services. En un mot les hommes sont solidaires les uns des autres : la *solidarité sociale* est un fait et si l'homme veut vivre il faut qu'il agisse conformément à la loi de solidarité.

Plus la différenciation des individus augmente par

(1) Duguit, *op. cit.*, page 14.

l'accroissement des connaissances et la spécialisation de chacun, plus la solidarité est nécessaire, plus on a conscience de sa nécessité : après la solidarité par *similitude* il y a la solidarité par *division du travail*.

La conscience de cette solidarité sociale implique la conscience d'une *règle de conduite* : de ce fait que l'homme est un individu solidaire d'autres individus, naît pour lui une règle de conduite qui se résume en cette formule générale : ne rien faire qui diminue la solidarité sociale, faire tout ce qui est matériellement au pouvoir de l'individu pour accroître la solidarité sociale, parce que l'individu augmente ainsi son propre pouvoir en tant que membre de la société.

Cette règle de conduite est sociale par son fondement, ne peut donc exister s'il n'y a pas une société. Elle est individuelle, car elle ne peut être qu'un concept individuel et ne peut s'appliquer qu'à des individus. Elle est diverse, car si la règle de conduite est la même pour tous les hommes, parce que la coopération à la solidarité sociale est une obligation commune à tous, comme tous les hommes ont des aptitudes diverses la règle de conduite impose à tous des actions différentes comme leurs aptitudes mêmes. Elle est générale, car elle s'impose à tous. Elle est enfin permanente mais changeante : restant identique dans son contenu général elle varie parce que la solidarité revêtant des formes diverses est variable.

Cette règle de conduite est la *règle de droit* ou droit objectif. Tant qu'aucune manifestation de volonté individuelle ne s'est produite on se trouve en présence seulement d'un pouvoir de vouloir qui n'est qu'un pouvoir objectif. Si l'individu peut vou-

loir certaines choses et doit vouloir certaines choses ce n'est pas parce qu'il est un homme, c'est parce que cette chose est conforme à la loi de solidarité.

La règle de droit ne donnant elle-même aucun droit subjectif la loi positive qui n'est en principe que la simple constatation de la règle de droit ne confère jamais non plus de droits subjectifs. Le pouvoir de vouloir conféré par les sources du droit est comme le droit lui-même général, divers, variant avec chaque individu, fixe dans son principe mais changeant dans son application. Les pouvoirs de l'homme sont si l'on veut naturels et inaliénables en ce sens qu'ils dérivent de la nature sociale de l'homme et que le législateur ne peut l'en priver ; mais la solidarité variant, ils varient avec elle. *Il n'est pas un droit qui soit réellement subjectif à l'homme et qui lui appartienne en propre sans que la solidarité ne puisse l'en priver.* Le droit de vivre lui-même ne le supprime-t-on pas aujourd'hui quand on condamne un individu à la peine de mort ? La liberté ne disparaît-elle pas aussi devant l'emprisonnement ? Et dans ces deux cas l'on trouve la justice respectée.

La propriété individuelle qui est juste aujourd'hui peut demain ne plus l'être et nul ne pourra s'en plaindre sous prétexte de droits subjectifs acquis. Elle n'était qu'un droit objectif dépendant de la solidarité sociale ; cette solidarité venant à se modifier ce pouvoir de vouloir peut lui aussi cesser d'être légitime.

Il faut donc protester contre cette idée dont sont imprégnés encore tous les codes et la plupart des

théories juridiques : qu'il existe des droits sujectifs appartenant *a priori* à l'homme. On parle toujours de la sphère juridique d'un sujet ; en réalité cette sphère n'appartient pas au sujet ; c'est la règle de droit elle-même.

L'acte juridique sera l'acte accompli conformément à la règle objective. Il y aura alors situation juridique subjective parce que cette situation n'aura été créée que par un acte volontaire dépendant du sujet.

Cet acte juridique, en même temps qu'il crée une situation subjective, pourra devenir la condition d'un pouvoir objectif. Mais il faut bien observer que cet acte, ce fait, n'est pas la cause du pouvoir objectif, il n'en est que la condition. Il s'ensuit que le pouvoir objectif qui sera né à cette occasion, dérivant non de l'acte mais de la règle de droit, devra rester soumis aux mêmes vicissitudes qu'elle. Ainsi la propriété est l'affectation d'une richesse à une certaine utilité soit collective, soit individuelle ; elle est un pouvoir objectif parce qu'elle donne un pouvoir général et continu, qu'elle ne s'épuise point en une fois et se renouvelle indéfiniment. Or, l'affectation de cette propriété est le produit de certains faits non volontaires : décès, possession ; ou volontaires : transmission par vente, donation, legs, etc.

Cette affectation d'une richesse à une utilité déterminée implique pour une certaine volonté le pouvoir de changer le bénéficiaire de ce profit. Cette volonté sera le plus souvent celle du bénéficiaire lui-même mais pourra pourtant être une autre (être collectif, incapable). Le pouvoir de changer le bénéfi-

ciaire est en effet un pouvoir objectif dérivant de la règle de droit, ne créant une situation subjective que quand il a été exercé : entraînant l'obligation pour une certaine volonté d'assurer à un certain élément le bénéfice de la richesse transmise. Mais le pouvoir de transmettre est un pouvoir objectif non subjectif, variable et conditionné par conséquent par la règle de droit elle-même. De même, l'acte de transmission s'il est la condition ayant fait naître le pouvoir objectif du nouveau propriétaire, n'en est pourtant pas la cause, la nouvelle propriété ne pouvant dériver, puisqu'elle est un pouvoir objectif, d'un acte individuel mais seulement de la règle de droit.

Il ne nous paraît pas inutile d'avoir insisté un peu longuement sur ces idées. On peut maintenant en effet apprécier à sa juste valeur la règle : « *Nemo plus juris...* » Cette règle est entièrement fausse. La transmission coïncide en général avec l'acquisition par le nouveau bénéficiaire du droit de propriété. Mais pourtant si cette transmission est selon l'expression employée par M. Picard un fait « *jurigène* », fait à l'occasion duquel le droit de l'acquéreur est né, ce n'est pas cette transmission qui crée le droit. C'est la solidarité sociale seule qui le crée. L'acquéreur a donc un droit propre, d'un même contenu en général que l'ancien, mais qui malgré cette ressemblance en est pourtant différent. La règle : « *Nemo plus juris...* » correspond à l'ancienne théorie des droits naturels, subjectifs, acquis. Elle reste sans valeur si l'on accepte la seule réalité vraie : celle des droits dérivant de la solidarité sociale.

Pour apprécier la situation des ayants cause de

l'héritier apparent, on ne devra donc tenir aucun compte de cet adage. La portée injustifiée que lui donnent encore la jurisprudence belge et ceux de nos auteurs qui se fondent sur lui pour repousser la validité des actes accomplis par l'héritier putatif, est un exemple des abus que l'on peut faire de constructions purement logiques.

A notre avis, c'est à un tout autre point de vue que l'on doit se placer si l'on veut discuter la question des actes de l'héritier apparent. Nous avons examiné la valeur de cette objection tirée de la règle : « *Nemo plus juris...* » à raison de l'influence qu'elle exerce sur certains esprits ; mais la seule considération qui devrait retenir leur attention serait de savoir, de vérifier, si la validité des ventes ou des hypothèques consenties au mépris des droits du vrai propriétaire est conforme à la solidarité sociale.

III. — Mesure de la Validité des Actes de l'Héritier Apparent

Cette mesure bien entendu ne peut être indiquée d'une façon absolue. Comme l'a observé encore M. Duguit « la seule chose qui puisse être affirmée et qui doit être à la base de toute étude sociale c'est la pensée individuelle consciente d'elle-même. *La chose en soi est la pensée individuelle* (1). » La notion de solidarité sociale sera donc comprise de diverses façons par chacun. Toute vérité restera purement subjective.

(1) Duguit, *op. cit.* p. 26.

Mais ces réserves faites sur la valeur intrinsèque de nos recherches, nous n'avons pour indiquer dans quelles limites il est probable qu'un interprète admettra la validité des actes discutés, qu'à apprécier l'importance et la respectabilité des intérêts en présence.

M. Lévy (1) qui a étudié le même problème, a procédé au fond de cette manière même. Après avoir fait observer que la revendication quoique action réelle peut cependant se ramener à une action délictuelle, il se demande s'il n'y a pas, au sens particulier auquel il entend ce mot, faute du tiers acquéreur ou si au contraire il n'a agi que conformément à une croyance légitime.

La Cour de Cassation n'agit pas non plus autrement quand elle fait valoir des raisons de crédit public.

Il est certain que s'*il y a eu acquisition à titre gratuit* on devra comme on l'admet unanimement déclarer l'acquéreur sans droit. Il est de notion courante que celui qui lutte « *de lucro captando* » est moins intéressant que celui qui combat « *de damno vitando* ». Derrière ces formules surannées il y a une idée très saine. Il est certainement plus conforme à la solidarité sociale que ce soit celui qui s'est enrichi sans céder en contre-partie aucun bien qui soit privé dans ce cas de la richesse contestée. L'intérêt même de la société est que la richesse aille plutôt à celui qui par ses efforts ou ses privations a contribué à la produire pour l'acquérir, qu'à celui qui l'a

(1) Lévy, *Responsabilité et Contrat, op. cit.*

acquise sans donner en échange ni travail, ni le moindre élément de son patrimoine (1).

Si au contraire l'*acquisition a lieu à titre onéreux* il est plus difficile de découvrir quel doit être en ce cas celui des deux intérêts en présence que l'on doit favoriser.

Dans une hypothèse seulement il semble que l'on ne puisse pas avoir d'hésitation. Tous les tribunaux comme tous les auteurs ont en effet admis la nullité des acquisitions, même faites à titre onéreux, quand ces acquisitions ont été faites *à titre universel*, par suite de cession des droits successifs. Le cessionnaire se livre, semble-t-il, toujours à une spéculation. Généralement même il achète à forfait. On conçoit difficilement qu'un tel acquéreur n'ait pas eu la pensée d'un risque à courir. Il paraît donc moins digne d'intérêt.

En dehors de ce cas la solution paraît au contraire bien délicate à fournir. Quand il y a eu *acquisition à titre particulier* d'un droit successoral, il est difficile de décider à qui les faveurs doivent être réservées : si c'est à l'acquéreur ou au propriétaire véritable.

Comme l'a fait remarquer dans un article très pénétrant M. J. Charmont (2), le problème pour être sorti de la sphère des constructions juridiques n'en est pas moins très malaisé à solutionner. Le conflit s'élève

(1) V. la pénétrante étude publiée dans la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1904, n° 4, par MM. Ripert et Teisseire sur l'*Enrichissement sans Cause*.

(2) J. Charmont, *Revue critique 1902*. — *Examen doctrinal. Jurisprudence civile*, p. 16 et s.

entre deux intérêts différents, celui de la *circulation des biens* et celui de la *propriété*.

En considération du premier on doit valider les droits du tiers acquéreur, en considération du second on doit valider ceux du véritable propriétaire.

M. Charmont se décide d'après l'esprit même de nos codes. Avec M. Sohm (1), il déduit de ses principales dispositions, que le législateur de 1804 est plus favorable à la circulation des biens qu'à la conservation de la propriété. « Tout le Code repose sur l'idée nationale et sur les conceptions libérales de la bourgeoisie... l'intérêt de la circulation y est l'intérêt dominant... le tiers acquéreur de bonne foi apparaît comme un personnage principal. Son intérêt est toujours considéré comme déterminant. Le point de vue de la sécurité des transactions est mis en œuvre avec une merveilleuse technique. L'intérêt de la propriété cède devant l'intérêt de la circulation. »

M. Sarrut (2) est pourtant d'un avis contraire. Selon lui c'est le droit de propriété qui a les préférences du législateur « la tendance générale de notre législation est de placer ce droit à l'abri de toute atteinte... la protection du droit de propriété tient essentiellement à l'ordre public... notre législation ne prévoit l'éviction du propriétaire que dans des cas exceptionnels limitativement déterminés. En dehors de ces exceptions, qui toutes se justifient par des motifs spéciaux, la règle générale reprend son empire... *Resoluto jure*

(1) Rudolph Sohm, *Mémoire présenté au Congrès de droit international comparé de 1900*, p. 5.

(2) Sarrut, note sous D. 97, 1, 33.

dantis resolvitur jus accipientis... l'héritier apparent n'a pu concéder que des droits fragiles comme son titre même.»

Il nous semble, en effet, que si c'est au moyen des textes du Code que la question devait se résoudre, la thèse de M. Sarrut devrait l'emporter. En 1804 le droit de propriété était considéré comme absolu et essentiel. Par contre, la protection accordée au possesseur de bonne foi était limitée dans ses effets.

Mais il ne faut pas accorder à la loi plus d'autorité qu'elle n'en doit avoir. Depuis un siècle il s'est, sur ce point, produit une évolution très sensible et les situations que nos juges actuels ont à liquider ne sont manifestement pas les mêmes que celles d'il y a cent ans. Aujourd'hui l'analyse a reconnu que le droit de propriété n'était pas subjectif, qu'il ne mérite protection qu'autant que la solidarité sociale le demande et la solidarité sociale semble bien à ce sujet admettre des distinctions.

Ainsi, par application de ce même principe qui veut que ce soit les droits de l'acquéreur à titre gratuit qui soient sacrifiés à ceux de l'acquéreur à titre onéreux, il n'est pas étonnant que la jurisprudence française ait fait triompher les acheteurs ou les créanciers hypothécaires de bonne foi des véritables héritiers. Il y a eu, à notre avis, juste appréciation en ce cas des intérêts en présence.

Dans tous les cas pourtant il ne saurait être fait un pareil sacrifice des droits du propriétaire. Toutes les fois que la moindre imprudence, la moindre négligence pourra être reprochée à l'acquéreur c'est lui qui devra succomber. On peut pour cela comprendre

à la rigueur la différence de traitement que MM. Aubry et Rau font subir au tiers acquéreur, quand l'héritier apparent est un héritier du sang ou qu'il est au contraire un autre héritier. L'erreur est plus facile dans le premier cas que dans le second.

Mais en outre de ces deux règles la solidarité sociale n'en édicte-t-elle plus?

Ne serait-il pas toujours désirable que la partie qui est évincée, que ce soit le tiers acquéreur ou que ce soit le propriétaire, reçut en compensation de son éviction quelque dédommagement? Il suffirait pour atteindre ce but, d'admettre une idée qui germe déjà de nos jours : celle de solidarité sociale ou mieux, car les expressions n'ont plus ici le même sens que plus haut, de *responsabilité sociale*.

M. Charmont, dans son article déjà cité, sentait déjà combien ceci permettrait au juge de distribuer plus de justice. Il souhaitait pour cela voir établir en France ce que l'on connaît déjà en Allemagne : le certificat d'héritier. On ne peut avec cette institution représenter une succession au regard des tiers que s'il y a eu vérification préalable des droits du prétendu héritier. C'est le tribunal de la succession qui fait cette vérification et sa décision permet aux tiers de bonne foi de traiter en toute sécurité avec celui qui a obtenu le certificat d'héritier. Au cas où l'on s'apercevrait plus tard que cet héritier n'est pas le véritable ayant droit, les tiers acquéreurs n'auraient rien à craindre de la revendication du *verus dominus*. Mais, dit M. Charmont, n'y aurait-il pas alors lieu de donner une compensation à ce véritable propriétaire

et la donner aux dépens de l'Etat dont l'organe judiciaire a causé l'erreur préjudiciable ?

Il y aurait en effet lieu peut-être d'étendre vis-à-vis de l'Etat le principe même du risque professionnel consacré par la loi de 1898. Comme le fait observer M. Larnande (1) « lorsque cette grande machine qui s'appelle l'Etat, cent fois plus puissante et plus dangereuse aussi que les machines de l'individu, a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionne, causant le préjudice viennent le réparer. Ainsi l'exigent les principes de mutualité et de solidarité qui sont le fondement de nos institutions. »

Pour être tout à fait équitable il faudrait même dire que toutes les fois que la faute non seulement d'un organe officiel de l'Etat mais encore d'un membre quelconque de la nation a causé un dommage à quelqu'un, l'Etat devrait fournir une compensation à la victime de ce préjudice (2). La société, causant indirectement au moins tous les dommages supportés par les individus, devrait les réparer. Entre les nationaux d'un pays au moins, il faudrait qu'il y ait une sorte d'assurance mutuelle pour tous les risques de tous ordres qui peuvent atteindre les particuliers.

C'est le cas de répéter que le *summum jus* devient souvent la *summa injuria*. Avec une telle organisation il y aurait certainement à craindre le découragement de l'initiative individuelle. Il est vrai,

(1) Larnande, *Bulletin de la Société Générale des Prisons*, séance du 18 décembre 1895. *Revue Pénitenciaire* 1896, p. 9 et s.

(2) Cf. L. Bourgeois, *Solidarité sociale*.

qu'ayant moins à redouter les risques puisqu'ils retomberaient en partie sur les autres hommes, on aurait peut-être plus de courage pour les affronter. Mais la garantie de tous ces accidents sociaux, entraînerait des charges si lourdes, des impôts si écrasants par suite des nombreuses responsabilités collectives, qu'il semble que les meilleures énergies lasses de supporter les maladresses ou les mécomptes des malhabiles et des malchanceux ne tarderaient pas à renoncer à leur production continue au profit des autres.

La conception de M. Charmont aboutit donc à l'utopie quand on la pousse dans ses dernières limites. Pour rester dans le domaine purement pratique il paraît préférable de laisser aux activités les risques de leur exercice.

Il faut en tout cas ne pas perdre de vue que la justice humaine ne peut jamais être que relative. On ne peut que lui demander de faire dans tout conflit triompher l'intérêt le plus légitime. Si l'autre est sacrifié, ce doit être tant pis : l'équité absolue n'est pas possible à atteindre.

La maxime : « *Error communis facit jus* » n'a été discutée que parce qu'on a exigé d'elle plus qu'aucune règle de droit ne peut jamais tenir.

CONCLUSION

Tels sont les effets que les « experts en droit » contemporains reconnaîtraient probablement à l'erreur commune, telles sont les conditions probables auxquelles ils en admettraient l'efficacité, tel est, en un mot, le rôle actuel que peut vraisemblablement jouer la maxime « *Error communis facit jus* ».

Arrivé ainsi aux limites extrêmes qu'il nous paraît possible d'atteindre en ce sujet au point de vue de la précision, nous sentons nettement au moment de conclure, combien dans cette étude il reste de vague et d'obscurité.

L'erreur commune fait-elle le Droit ? Maintenant encore, maintenant surtout, nous ne pouvons répondre un *oui* catégorique : tout dépendra du juge, tout dépendra du moment.

Qu'aura donc prouvé cette thèse, quelle vérité aura-t-elle établi ? Au point de vue pratique, ne pourra-t-on pas nous reprocher le doute continuel de nos propositions ? Ne sera-t-on pas en droit de nous rappeler que nous avions promis de ne nous

placer que sur un terrain positif, que nos formules ne devraient donc pas être toujours négatives, comme elles sont restées ? Car récapitulons :

Au nom de principes immuables, des esprits pénétrés de l'idée d'un Droit naturel, soutenaient que la maxime ne peut être admise et nous avons cherché à prouver que le Droit n'est point cet absolu aux contours de tous temps définis et invariables dont on proclamait l'existence. Au nom d'axiomes juridiques anciens et qu'ils supposaient intangibles, d'autres juristes prétendaient limiter la sphère d'application de l'adage latin. Nous avons encore voulu démontrer que ces principes ne méritaient pas tout le crédit qu'on leur accordait. Nous avons ainsi fait la critique de la règle : « *Nemo legem ignorare censetur* » de celle mieux établie encore : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* » Enfin nous avons pris parti sur la force abrogatoire de la coutume.

Mais au point de vue essentiellement utilitaire, est-il suffisant d'avoir multiplié ces négations ? Cela peut-il avoir quelque efficacité ? Peut-on en extraire quelque enseignement profitable ?

Nous prétendons que oui, car même avec ce caractère négatif nos idées restent encore fécondes. Dans la réalité des choses, le Droit s'offre comme un produit essentiellement progressif et évolutif. Il est la règle de conduite d'êtres vivants. Or comme disait Héraclite « tout coule ». La vie est un mouvement incessant, une évolution sans fin. « En Droit tout est

toujours à faire » (1). Pour rester utile le Droit doit suivre le cours même des évolutions sociales, changer, se modifier en même temps que les sociétés qu'il doit régir évoluent. Les principes exclusivement rationnels sont donc souvent dangereux. Nous ne discuterons pas avec le Polyphile et l'Ariste d'Anatole France (2) si ce que l'on doit condamner c'est l'intelligence ou seulement les erreurs de l'intelligence. En fait nous observons que l'erreur d'aujourd'hui était la vérité d'hier, sera peut-être encore celle de demain : que la raison que l'on dit éternellement la même n'a d'éternel que cette outrecuidante prétention, qu'en réalité notre cerveau comme notre corps même est en perpétuelle transformation : ils *vivent* tous deux. Pour ce libre développement de l'existence, pour son développement nécessaire, il est donc périlleux de laisser subsister des règles, dont le cadre trop étroit ou trop rigide, arriverait à enchaîner de trop près les activités et, empêchant la liberté d'action, pourrait empêcher l'action elle-même. Il y a intérêt pour cela à détruire tout ce qui n'a qu'une valeur rationnelle car ce n'est souvent qu'un préjugé. Plusieurs auteurs, quoique sentant quelle justice il y aurait à admettre l'efficacité juridique de l'erreur commune, se refusaient, par respect pour des constructions imaginées *a priori*, à reconnaître, au plus grand détriment des intérêts sociaux, l'autorité de notre maxime. Cette maxime est pourtant utile. N'y a-t-il pas œuvre féconde, si de nos

(1) Lévy, *Preuve par Titre*... Préface p. 4.

(2) A. France, *Pierre Nozière*, éd. Lemerre 1899, p. 159.

observations, peut résulter à l'avenir une interprétation moins stricte et portant moins injure à la véritable harmonie des rapports humains ? Si l'expert de demain, pensant comme nous que le Droit ce n'est pas un principe, mais l'utilité des hommes, répète avec Ihering : « Que la justice périsse mais que le monde vive » ? Y a-t-il rien de plus juste que la vie de la société ?

Notre conception du Droit n'aboutit d'ailleurs pas à l'anarchie détestable que l'on pourrait s'imaginer. Il est indispensable à notre avis que le juge se sente indépendant de la Loi et nous disons : le Droit c'est la croyance du juge. Mais s'ensuit-il que l'interprète ne devra juger les conflits que selon les lois de sa fantaisie, sans autre règle que le sentiment plus ou moins sûr qu'il peut avoir de l'équité ? Un auteur allemand, M. Schlossmann (1), qui proposait de laisser le juge libre de décider en droit civil comme en droit pénal d'après les seules raisons de sa conscience, s'est déjà expliqué sur ce point. « Il ne faut pas, disait-il, s'en rapporter aux seuls principes, car sans la conscience les principes ne sont rien ; mais il faut reconnaître aussi que la conscience n'est rien si elle ne contient point de principes. » Notre théorie n'a qu'une prétention : rappeler qu'on ne doit pas trop séparer la justice de son fondement : la conscience, la croyance.

Mais cette conscience elle-même guidons-la. Notre codification est déjà ancienne, il est incontestable

(1) Schlossmann, der Vertrage. Cité par Dereux. *Revue critique* 1902, *op. cit.*

qu'on sent chaque jour davantage le besoin de se soustraire à sa tyrannie. Nous tournons une page de notre histoire juridique ; nous allons vivre une phase nouvelle de l'évolution : l'émancipation du juge par rapport à la loi. Nous disons donc : le Droit ce n'est pas la Loi. Mais il serait aussi funeste de prétendre qu'il est le Juge. Il ne se peut à vrai dire pas définir, car il est à la fois l'un et l'autre. Il est la conscience du juge déterminée par les lois, il est la loi interprétée par la conscience du juge. Le Droit est un produit harmonique entre le subjectif et l'objectif. Cette harmonie parfaite ne pouvant pas plus exister qu'aucune perfection parmi les hommes, on ne pourra jamais, quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, assurer comment est le Droit. Il faut constater simplement son évolution ; l'aider même, car pour contribuer à la vie du Droit, encore doit-on espérer que son développement est toujours un progrès ; la conduire et la guider pour cela, car l'évolution ne sera jamais plus active que si elle est plus bienfaisante. Actuellement puisqu'on cherche à détruire, au profit du juge, les lois objectives auxquelles il était tenu jusqu'à présent de rester fidèle, il faut rétablir par ailleurs les directions qu'on lui supprime. M. Lambert propose pour atteindre ce but de créer un droit commun international, d'observer fidèlement les cautèles. Peu importe que comme le remarque M. Cézar-Bru, chacun s'achemine par un sentier séparé ; nous ne savons si des déceptions ne nous attendent pas encore, dans ces nouvelles sciences sociales où l'on invite le juge à puiser ses éléments de conviction. L'économie politique ou la statistique ne resteront-elles pas de longtemps en-

core impuissantes à fournir les critères qu'on leur demande ? L'important est que chacun marche vers cette même direction : développer les forces de l'individu en développant celles de la société.

***

L'erreur commune, source de droit aujourd'hui, aura-t-elle demain la même efficacité ?

La prophétie est peut-être aussi vaine qu'inutile. S'il faut prédire quand même, il semble pourtant que l'on peut prévoir relativement à notre maxime des évolutions en sens divers.

En ce qui concerne les cas où l'erreur comune pourra exister, le développement incessant des moyens d'information paraît d'un côté devoir les rendre moins fréquents. N'est-ce pas un lieu commun que de parler de l'accroissement continuel des voies de communications : chemins de fer, télégraphe, téléphone ? Tout doit pourtant contribuer en facilitant l'abondance et la concentration des renseignements à rendre l'erreur, l'erreur de fait du moins, de plus en plus difficile. Les mille rumeurs publiques sur lesquelles une croyance se fonde, seront de plus en plus aisées à vérifier et à contrôler. Dans le même ordre d'idées la constitution d'un casier civil, les perfectionnements sans cesse apportés dans les moyens de publicité, feront très vraisemblablement disparaître la plupart de ces cas où l'âge ou la nationalité étant dissimulée, un individu se voyait attribuer une compétence, une autorité ou une capacité à laquelle il n'avait pas droit. Les erreurs portant sur un fait deviendront plus rares parce que les faits pourront être mieux

connus. — Par contre une source d'erreur ira peut-être se développant: ce sera l'erreur de droit, car plus souvent encore que de nos jours on pourra se tromper sur l'interprétation du Droit. Nous avons signalé déjà la multiplicité sans cesse grandissante des règles juridiques; pour connaître le Droit, il faut de plus en plus, avons-nous dit, avoir une vocation spéciale, s'en rapporter aux connaissances des spécialistes. Et si ces spécialistes, la jurisprudence surtout, sont destinés à jouer un rôle toujours plus important, n'y aurait-il pas là une cause possible de plus fréquentes erreurs ?

Au point de vue de son autorité, les erreurs subsistant en fait, la maxime : « *Error communis...* » continuera aussi d'exister car les mêmes raisons d'utilité sociale, qui en font admettre l'application, la feront encore admettre à l'avenir. Mais on peut même prévoir en face du mouvement juridique qui se dessine, un accroissement de son autorité. A mesure que l'on s'éloigne du subjectivisme, l'on se rapproche davantage de l'acte abstrait et formaliste. Cette recrudescence du formalisme, n'entraînera-t-elle pas avec elle, un respect croissant pour les apparences, pour la forme extérieure, pour ce qui se voit ? Et comme l'on voit de nos jours plus souvent avec les yeux d'autrui qu'avec les siens propres, ne sera-t-on pas tenté d'être de plus en plus indulgent pour les erreurs dues à l'influence de la collectivité ? En sorte que dans ce même retour vers le formalisme ancien, il semble qu'on peut prévoir deux conséquences simultanées pour le rôle futur du vieil adage : ses applications deviendront peut-

être plus rares, mais par contre et par un corollaire logique, son autorité sera d'autant moins discutée : moins l'erreur sera à craindre, plus la confiance deviendra légitime et méritera quand elle aura été trompée d'être protégée ; plus l'erreur aura été invincible, plus aussi elle devra faire le Droit.

Vu : *Le Doyen*,

G. BRY.

Vu : Le Président de la Thèse,

C. CÉZAR-BRU.

24 décembre 1904.

Vu et permis d'imprimer :

Aix, 6 janvier 1905.

Le Recteur, BELIN.

TABLE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION. — Rôle actuel des Maximes juridiques. 7
» Intérêt d'une étude sur la Maxime : « Error communis facit jus »..... 12

CHAPITRE I. — *Existence de la Maxime.*
But du Chapitre..... 17
SECTION I. — Droit Romain..... 18
SECTION II. — Ancien Droit..... 22
SECTION III. — Droit actuel..... 26
A. — Lois..... 28
B. — Sources extra-légales..... 32

CHAPITRE II. — *Fondement de la Maxime.*
Généralités sur le Chapitre..... 42
SECTION I. — Conceptions incompatibles avec la Maxime..... 48
A. — Théories primitives..... 48
B. — Théories des Droits naturels..... 51
SECTION II. — Conceptions compatibles avec la Maxime..... 58
A. — Pourquoi l'acquéreur de l'Héritier apparent a-t-il un droit ?..... 60
I. — Evolution des doctrines et critique..... 62
Historisme..... 62
Naturalisme..... 65
Psychologisme..... 67
II. — Idée d'un Droit purement subjectif..... 72
III. — Pourquoi le Droit de l'acquéreur est-il probable ?..... 80
B. — Pourquoi le véritable héritier perd-il son droit? 89
SECTION III. — Sens et portée de la Maxime..... 92

Pages

CHAPITRE III. — *Conditions d'exercice de la Maxime* 94
SECTION I. Nature de l'erreur commune..... 96
A. — L'erreur commune n'est pas la bonne foi 97
B. — Ce qu'est l'erreur commune..... 104
I. — Conception trop simple 104
II. — Evolution sur les causes de l'erreur commune 108
III. — Conception nouvelle 122
IV. — A quelles conditions l'erreur est nécessaire 126
SECTION II. — Objet de l'erreur commune..... 136
A. — Erreur de fait : unanimité des auteurs..... 138
B. — Erreur de Droit 144
I. — Tradition 145
II. — Textes de lois 146
III. — Doctrine. Ses objections 149
Coutume ne peut abroger loi..... 150
« Nemo legem ignorare censetur » .. 154
IV. — Jurisprudence..... 155
V. — Examen des diverses objections..... 158

CHAPITRE IV. — *Effets de la Maxime* 166
A. — Elle ne crée pas le Droit objectif..... 166
B. — Crée-t-elle des Droits subjectifs ?..... 182
I. — Doctrines émises sur la question des actes de l'Héritier apparent..... 184
A. — Actes non sujets à discussion ... 184
B. — Controverses en cas d'acte de disposition 187
II. — Fondement de la validité des actes de l'Héritier apparent 201
III. — Mesure et validité de ces actes 209
CONCLUSION 217

Aix, imprimerie J. NICOT, rue du Louvre, 16. — 5.15.

Pages

94
96
97
104
104
108
122
129
130
138
144
145
146
149
150